
Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (OR 82)

unter besonderer Berücksichtigung ihrer Problematik
bei den Veräusserungsverträgen

Dissertation der Rechts- und staatswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Zürich zur Erlangung der
Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Robert Simmen

von Zürich und Schinznach-Dorf AG

Genehmigt auf Antrag der
Herren Prof. Dr. iur. Dr. phil. Hans Giger
und Prof. Dr. oec. Walther R. Schluep

1981



STÄMPFLI & CIE AG BERN



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507206_0030

Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (OR 82)

unter besonderer Berücksichtigung ihrer Problematik
bei den Veräusserungsverträgen

Dissertation der Rechts- und staatswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Zürich zur Erlangung der
Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Robert Simmen

von Zürich und Schinznach-Dorf AG

Genehmigt auf Antrag der
Herren Prof. Dr. iur. Dr. phil. Hans Giger
und Prof. Dr. oec. Walther R. Schluep

1981



STÄMPFLI & CIE AG BERN

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 10. Dezember 1980

Der Dekan:
Prof. Dr. G. Hauser

Die gleiche Arbeit ist im Verlag Stämpfli & Cie AG Bern erschienen als Heft 467 der Reihe

Abhandlungen zum schweizerischen Recht ASR

begründet von † Prof. Dr. Max Gmür, fortgesetzt von † Prof. Dr. Theo Guhl, Prof. Dr. Hans Merz, herausgegeben von Dr. Heinz Hausheer, Professor der Rechte an der Universität Bern.



©

Verlag Stämpfli & Cie AG Bern – 1981
Rechnergesteuerter Filmsatz, Offsetdruck,
Buchbinderarbeit Stämpfli & Cie AG Bern
Printed in Switzerland

Herrn Prof. Dr. iur. Dr. phil. Hans Giger möchte ich für das Interesse und Wohlwollen herzlich danken, das er dieser Arbeit und mir persönlich als seinem Assistenten entgegenbrachte. Ebenso danke ich bestens Herrn Prof. Dr. Walter R. Schluep für die Übernahme des Korreferates.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	12
Literaturverzeichnis	14
 § 1 Einführung in die Problemstellung und Übersicht	 19
 § 2 Der zweiseitige Vertrag	 21
A. Fehlen einer Legaldefinition	21
B. Abgrenzung des Begriffspaares «einseitiges Rechtsgeschäft – zweiseitiges Rechtsgeschäft» gegenüber dem Begriffspaar «einseitiger Vertrag – zweiseitiger Vertrag»	21
C. Abgrenzung des zweiseitigen gegenüber dem einseitigen Vertrag	22
D. Der vollkommen zweiseitige Vertrag	23
I. Abgrenzung gegenüber dem unvollkommen zweiseitigen Vertrag	23
II. Der vollkommen zweiseitige Vertrag als Austauschvertrag	25
III. Vollkommen zweiseitiger Vertrag und Äquivalenzprinzip	27
1. Keine begriffliche Notwendigkeit objektiver Gleichwertigkeit der beidseitigen Leistungen	27
2. Keine begriffliche Notwendigkeit subjektiver Gleichwertigkeit der beidseitigen Leistungen	28
3. Äquivalenz als funktionale Gleichsetzung der beidseitigen Leistungen	29
IV. Das genetische Synallagma	30
1. Grundsätzliches	30
2. Rechtsfolgen	31
V. Das funktionale Synallagma	31
 § 3 Das Zug-um-Zug-Prinzip	 33
A. Zeitpunkt der Vertragserfüllung im Allgemeinen	33
B. Das Problem der Erfüllungsreihenfolge bei vollkommen zweiseitigen Verträgen (Zug-um-Zug-Prinzip)	33
C. Theoretische Begründung des Zug-um-Zug-Prinzips	34
D. Praktische Begründung des Zug-um-Zug-Prinzips	35
 § 4 OR 82 als Konkretisierung des Zug-um-Zug-Prinzips	 37
A. Leistungsverweigerungsrecht der beklagten Partei	37
B. Rechtsnatur des Leistungsverweigerungsrechts	37
I. Problemstellung	37
II. Lösung: Einrede des nicht erfüllten Vertrags	38

§ 5	Synallagmatischer Vertrag und Synallagma der einzelnen Forderungen	40
A.	Im Allgemeinen	40
I.	Hauptpflichten, primäre und sekundäre Nebenpflichten	40
II.	Ersatzpflichten	41
B.	Bei den einzelnen Veräusserungsverträgen	42
I.	Kaufvertrag	42
1.	Hauptpflichten	42
2.	Primäre und sekundäre Nebenpflichten	43
II.	Besondere Formen der Veräusserungsverträge	44
1.	Allgemeines	44
2.	Sukzessivlieferungsvertrag	44
3.	Abzahlungskauf	45
4.	Alleinvertkaufsvertrag	46
§ 6	Voraussetzungen der Einrede des nicht erfüllten Vertrags	48
A.	Bestand einer Verpflichtung des belangten Schuldners	48
I.	Keine Einrede des nicht erfüllten Vertrags bei Bestreitung der eigenen Leistungspflicht	48
II.	Keine Einrede des nicht erfüllten Vertrags bei Rücktritt gemäss OR 109	49
B.	Bestand einer fälligen Gegenforderung des belangten Schuldners	50
I.	Bestand einer Gegenforderung	50
1.	Grundsätzliches	50
2.	Das Problem der nachträglichen Unmöglichkeit der Gegenforderung	51
a.	Allgemeines	51
b.	Zufällige Unmöglichkeit der Erfüllung der Gegenleistung	51
c.	Durch den Kläger verschuldete Unmöglichkeit der Erfüllung der Gegenleistung	52
d.	Durch den Beklagten verschuldete Unmöglichkeit der Gegenleistung	53
e.	Der Anspruch auf Ersatzherausgabe und die Einrede des nicht erfüllten Vertrags	53
II.	Fälligkeit der Gegenforderung	54
III.	Sonderprobleme	55
1.	Einrede des nicht erfüllten Vertrags trotz fehlender Liquidität der Gegenforderung	55
2.	Einrede des nicht erfüllten Vertrags trotz Verjährung der Gegenforderung	56
C.	Keine Vorleistungspflicht des belangten Schuldners	57
I.	Grundsätzliches	57
II.	Entstehung einer Vorleistungspflicht	58
1.	Allgemeines	58
2.	Entstehung einer Vorleistungspflicht durch Parteivereinbarung	58
3.	Entstehung einer Vorleistungspflicht aus der «Natur» des Vertrags	59
a.	Bei Austausch einer Dauerleistung gegen eine vorübergehende Leistung	59
b.	Bei Disparität der Erfüllungsorte oder bei Vereinbarung einer Schickschuld	60
4.	Entstehung einer Vorleistungspflicht durch Gesetz	61

III.	Ausnahmefälle: Einrede des nicht erfüllten Vertrags trotz Vorleistungspflicht	62
1.	Bei Dauerschuldverhältnissen mit ein- oder beidseitigen periodischen Leistungen ..	62
a.	Sukzessivlieferungsvertrag	62
b.	Gebrauchsüberlassungs- und Arbeitsleistungsverträge	63
2.	Bei Zahlungsunfähigkeit der vorleistungsberechtigten Partei	64
3.	Bei vertragswidrigem Verhalten der vorleistungsberechtigten Partei	64
D.	Nichterfüllung, nicht gehörige Erfüllung, mangelhaftes Angebot der Gegenleistung ...	65
I.	Allgemeines	65
II.	Mangelhaftes Angebot der Gegenleistung	66
1.	«Form» des Angebots	66
a.	Grundsatz: «Realoblation»	66
b.	Ausnahme: «Verbaloblation»	67
2.	Inhalt des Angebots	69
III.	Quantitativ mangelhafte Gegenleistung	69
1.	Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags bei Ablehnung der angebotenen Teil-Gegenleistung	69
2.	Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags bei Annahme der angebotenen Teil-Gegenleistung	70
a.	Bei Kenntnis des quantitativen Mangels der Gegenleistung	70
b.	Bei Unkenntnis des quantitativen Mangels der Gegenleistung	71
IV.	Schlechterfüllung der Gegenleistung	72
1.	Allgemeines	72
a.	Begriff der Schlechterfüllung	72
b.	Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags bei qualitativ mangelhafter Gegenleistung	73
aa.	Grundsätzliches	73
bb.	Bei Schlechterfüllung einer Stückschuld	73
2.	Beim Kaufvertrag	74
a.	Problemstellung	74
b.	Die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags im Verhältnis zur Rechtsgewährleistung	75
aa.	Eigentumsverschaffung als Inhalt einer Rechtspflicht	75
bb.	Alternative Konkurrenz zwischen OR 82 und OR 192ff	76
aaa.	Das Verhältnis zwischen OR 82 und OR 192ff als Auslegungsproblem	76
bbb.	Keine Problemlösung durch Auslegung nach historischen Gesichtspunkten ..	77
ccc.	Problemlösung durch Auslegung nach systematisch-teleologischen Gesichtspunkten	77
c.	Die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags im Verhältnis zur Sachgewährleistung	78
aa.	Problemstellung	78
bb.	Qualität der Kaufsache als Vertragsinhalt	79
aaa.	Beim Gattungskauf	79
bbb.	Beim Stückkauf	79
aaaa.	Behandlung des Problems in der Doktrin und kritische Würdigung	79
bbbb.	Auslegung nach historischen Gesichtspunkten	80
cccc.	Auslegung nach rechtslogisch-systematischen Gesichtspunkten	81
dddd.	Auslegung nach teleologischen Gesichtspunkten	83
cc.	Alternative Konkurrenz zwischen OR 82 und OR 197ff	83
aaa.	Das Verhältnis zwischen OR 82 und OR 197ff als Auslegungsproblem	83
bbb.	Praktische Bedeutung des Konkurrenzproblems	84
ccc.	Keine Problemlösung durch Auslegung nach historischen Gesichtspunkten ...	85
ddd.	Problemlösung durch Auslegung nach systematisch-teleologischen Gesichtspunkten	86

E.	Irrelevanz des Verschuldens	87
§ 7	ZGB 2 als Schranke der Einrede des nicht erfüllten Vertrags	88
A.	Allgemeines	88
B.	Typische Tatbestände rechtsmissbräuchlicher Erhebung der Einrede	88
I.	Zweckwidrige Rechtsausübung	88
II.	Ausnützung eigenen vertragswidrigen Verhaltens	89
III.	Krasses Missverhältnis der Interessen	89
§ 8	Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags in Dreiparteienbeziehungen	91
A.	Allgemeines	91
B.	Beim Vertrag zugunsten eines Dritten	91
C.	Bei der Zession	93
D.	Bei der Schuldübernahme	94
§ 9	Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags bei Schuldner- oder Gläubigermehrheit	97
A.	Bei Schuldnermehrheit	97
I.	Allgemeines	97
II.	Bei Partialobligationen	97
III.	Bei Solidarschulden	98
B.	Bei Gläubigermehrheit	99
I.	Bei Partialforderungen	99
II.	Bei Solidar- und Gesamthandsforderungen	100
§ 10	Geltendmachung und Wirkung der Einrede des nicht erfüllten Vertrags	101
A.	Allgemeines	101
B.	Beweislast	101
C.	Wirkung der Einrede	102
I.	Grundsatz: Verurteilung zur Leistung Zug um Zug	102
II.	Im Aberkennungsprozess: Gutheissung der Aberkennungsklage	104

§ 11 Anhang: Erweiterter Geltungsbereich des Einrederechts 106

A. Problemstellung 106

B. Bei Zahlungsunfähigkeit des Klägers 106

I. Allgemeines 106

II. Voraussetzungen des Leistungsverweigerungsrechts 107

1. Vollkommen zweiseitiger Vertrag 107

2. Vorleistungspflicht 107

3. Zahlungsunfähigkeit 108

4. Gefährdung der Gegenleistung 108

III. Wirkungen des Leistungsverweigerungsrechts 109

C. Bei beidseitigen Verpflichtungen aus verschiedenen Vertragsverhältnissen 109

I. Notwendigkeit richterlicher Gesetzesergänzung 109

II. Voraussetzungen und Wirkungen des Zurückbehaltungsrechts 111

1. Voraussetzungen 111

2. Wirkungen 112

D. Bei fehlender Gegenseitigkeit wechselseitiger Verpflichtungen aus demselben Ver-
tragsverhältnis 113

E. Bei Gesellschaftsverträgen 114

F. Bei Abwicklungsverhältnissen 116

Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
a.A.	am Anfang
a.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Heidelberg 1820ff; Tübingen 1878ff)
a.E.	am Ende
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
aOR	altes schweizerisches Obligationenrecht von 1881
Art.	Artikel
BB	Der Betriebs-Berater (Heidelberg 1946ff).
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich, vom 18. August 1896.
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts. Amtliche Sammlung (Lausanne 1875ff).
BGH	deutscher Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Detmold 1951ff).
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel 1954ff).
BIHE	Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen (Zürich 1882–1901).
bspw.	beispielsweise
bzw.	beziehungsweise
Ccfr	Code civil français, vom 21. März 1804, mit seitherigen Änderungen
Ccit	Codice civile italiano, vom 16. März 1942
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
ExpKom	Expertenkommission
f (ff)	und folgende (z.B. Seiten)
FN	Fussnote
gl.M.	gleicher Meinung
hg.	herausgegeben
HGB	Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, vom 10. Mai 1897
i.S.	im Sinne
Jher.Jahrb.	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik (Jena 1857ff)
JT	Journal des Tribunaux (Lausanne 1853ff)
JW	Juristische Wochenschrift (Berlin/Leipzig 1885ff)
Lit.	Literatur
LZ	Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht (München/Berlin/Leipzig)
m.a.W.	mit anderen Worten
N.	Note
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OR	revidiertes Schweizerisches Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936.
PatG	BG betreffend die Erfindungspatente, vom 25. Juni 1954
Pr	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichtes (Basel 1912ff)
Rep	Repertorio di Giurisprudenza patria (Bellinzona 1869ff)
RGZ	Entscheidungen des Deutschen Reichsgerichts in Zivilsachen (Leipzig 1880–1943)
S.	Seite
SchKG	BG betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, vom 11. April 1889/28. September 1949

Semjud	La Semaine Judiciaire (Genf 1879ff)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich 1904ff)
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern 1865ff)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch, vom 10. Dezember 1907
ZH	Kanton Zürich
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung (Zürich 1902ff)

Literaturverzeichnis

In dieses Verzeichnis sind nur die *mehrfach zitierten Werke* aufgenommen. *Bloss einmal zitierte Publikationen* werden mit vollständiger Bibliographie jeweils im Text zitiert.

Die vorliegende Arbeit wurde Ende September 1979 abgeschlossen. Bis zu diesem Zeitpunkt sind Literatur und Judikatur ausgewertet. Später publizierte Werke und Urteile konnten nur noch zum Teil berücksichtigt werden.

- ANDRÉ Fr. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages im heutigen gemeinen Recht (Leipzig 1890).
- BARTHOLOMEYCIK Horst Äquivalenzprinzip, Waffengleichheit und Gegengewichtsprinzip in der modernen Rechtsentwicklung, in: AcP 166 1966 30ff.
- BECHMANN August Der Kauf nach gemeinem Recht. 3 Bde (Erlangen/Leipzig 1876–1908).
- BECKER Hermann Berner Kommentar; Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen (2.A. Bern 1941–1945); Die einzelnen Vertragsverhältnisse (Bern 1934).
- BLOCHER Fritz Basler Rechtsöffnungspraxis bei zweiseitigen Verträgen, in: SJZ 45 1949 184ff.
- BROX Hans Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages beim Kauf, in: Rechtswissenschaftliche Arbeiten aus dem Justizprüfungsamt Köln, Heft 3 (Köln 1948).
- BRÜGGEMANN Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Grosskommentar, Bd IV §§ 377–382 (3.A. Berlin 1970).
- BUCHER Eugen Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil (Zürich 1979).
- VON BÜREN Bruno Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (zit. I, Zürich 1964); Besonderer Teil (zit. II, Zürich 1972).
- BÜRGI Otto Die Anwendung der exceptio non adimpleti contractus im Gesellschaftsrecht, in: SJZ 57 1961 334ff.
- BURLET Franz Die Sachmängelgewährleistung in ihrem Verhältnis zu den Bestimmungen über Nichterfüllung und Irrtum (Diss. Zürich 1948, in Maschinenschrift).
- CASSIN René De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution (Diss. Paris 1914).
- CAVIN Pierre Considérations sur la garantie en raison des défauts de la chose vendue, in: Sem jud 91 1969 329ff.
- CAVIN Pierre Kauf, Tausch und Schenkung, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd VII/1 (Basel und Stuttgart 1977).
- VAN DEN DAELE Wolfgang Probleme des gegenseitigen Vertrages (Diss. Hamburg 1968).
- DERNBURG Heinrich Pandekten, 3 Bde (7.A. Berlin 1902/03).
- DÜRINGER/HACHENBURG Kommentar zum Handelsgesetzbuch für das deutsche Reich, Bd II/1, Das Gesellschaftsrecht des bürgerlichen Rechts (3.A. Mannheim/Berlin/Leipzig 1932).
- ENDEMANN Wilhelm Studien in der romanisch-kanonistischen Wirtschafts- und Rechtslehre, 2 Bde (Berlin 1874/1883).
- ENGEL Pierre Traité des obligations en droit Suisse (Neuchâtel 1973).
- ENNECERUS/LEHMANN Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp, Martin Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse (15. Bearbeitung von LEHMANN, Tübingen 1958).
- ERMAN Erman/jeweiliger Bearbeiter, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2 Bde (6.A. Münster 1975).
- ESSER/SCHMIDT Esser Josef/Schmidt Eike: Schuldrecht, 1. Bd. Teil 1 (5.A. Karlsruhe 1975).
- FERID Murad Das französische Zivilrecht, 2 Bde (Frankfurt/Berlin 1971).
- FIKENTSCHER Wolfgang Schuldrecht (6.A. Berlin/New York 1976).
- FLUME Werner Eigenschaftsirrtum und Kauf (Münster 1948).
- FRITZSCHE Hans Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 2 Bde (2.A. Zürich 1968).
- FURRER Rolf Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht (Diss. Zürich 1973).

- GERMANN Oscar Adolf
GERNHUBER Joachim
- GIERSCH Herbert
GIGER Hans
- GIGER Hans
- GODIN/RATZ
(RGR-Komm. HGB)
GRÜTER Karl
- GUHL/MERZ/KUMMER
- GULDENER Max
- GULDENER Max
HAYMANN Franz
HÖNIGER Heinrich
- JEANPRÊTRE Raymond
- JOHANNSEN Jens
- KASER Max
- KAST Dietrich
- KOCH Richard
KRAHMER Horst
KRÜCKMANN Paul
- KUMMER Max
KUMMER Max
- LARENZ Karl
- LARENZ Karl
- LARENZ Karl
- LESER Hans G.
- LINDENMAYER/MOEHRING (LM)
LOCHER Eugen
MEIER-HAYOZ Arthur
MEIER-HAYOZ/
FORSTMOSER
MEILI Alfred
- MENGHINI Elvezio
- MERZ Hans
MERZ Hans
- MEYER Bernhard
- Probleme und Methoden der Rechtsfindung (2.A. Bern 1967).
Synallagma und Zession, in: Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für Ludwig Raiser (Tübingen 1974) 57ff.
Allgemeine Wirtschaftspolitik, Bd. 1: Grundlagen (Wiesbaden 1961).
Systematische Darstellung des Abzahlungsrechts unter besonderer Berücksichtigung von Fernkurs-, Mietkauf- und Leasingvertrag. Ein Beitrag zur rechtssoziologischen Grundlagenforschung (Zürich 1972).
Berner Kommentar; Kauf und Tausch – Die Schenkung, 1. Teilband Art. 184–215 OR (Bern 1972–1978).
Kommentar zum Handelsgesetzbuch, früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts; 3. Bd: §§ 343–372 (2.A. Berlin 1963).
Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages im deutschen und französischen Recht (Diss. Köln 1963).
Theo Guhl, Hans Merz, Max Kummer: Das schweizerische Obligationenrecht (6.A. Zürich 1972).
Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht (Zürich 1955).
Schweizerisches Zivilprozessrecht (2.A. Zürich 1958, 3.A. Zürich 1979).
Die Schenkung unter einer Auflage (Berlin 1905).
Die gemischten Verträge in ihren Grundformen (Mannheim und Leipzig 1910).
Remarques sur l'exception d'inexécution, in: Festgabe Henri Deschenaux (Fribourg 1977) 271ff.
Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages bei Teilleistungen (Diss. Halle 1936).
Das römische Privatrecht; 1. Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht (2.A. München 1971); 2. Abschnitt: Die nachklassischen Entwicklungen (2.A. München 1975).
Die Einrede des nichterfüllten Vertrages unter besonderer Berücksichtigung des Miet- und Dienstvertrages (Diss. Heidelberg 1973).
Das Synallagma des Versicherungsvertrages (Diss. Zürich 1957).
Gegenseitige Verträge (Halle 1904).
Kalkulationsirrtum und ursprüngliche Sinn-, Zweck- und Gegenstandslosigkeit, in: AcP 128 1928 157ff.
Berner Kommentar; Einleitungsband (Bern 1962) Art. 8 ZGB.
Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts 1968, Zivilprozessrecht, in: ZBJV 106 1970 125ff (Besprechung von BGE 94 II 263ff).
Lehrbuch des Schuldrechts; Bd. I: Allgemeiner Teil (11.A. München 1976); Bd. II: Besonderer Teil (11.A. München 1977).
Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung (3.A. München und Berlin 1963).
Methodenlehre der Rechtswissenschaft (2.A. Berlin/Heidelberg/New York 1969).
Der Rücktritt vom Vertrag, Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbeugnisse bei Leistungsstörungen (Tübingen 1975).
Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs (München/Berlin, versch. Erscheinungsjahre).
Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck, in: AcP 121 1923 1ff.
Berner Kommentar; Einleitungsband (Bern 1962) Art. 1 ZGB.
Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter: Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts (2.A. Bern 1976).
Die Entstehung des schweizerischen Kaufrechts. Ein Beitrag zur Quellenkritischen Untersuchung des Obligationenrechts (Diss. Zürich 1976).
Die Zusicherung von Eigenschaften nach Art. 197 des schweiz. OR (Diss. Fribourg 1949).
Berner Kommentar; Einleitungsband (Bern 1962) Art. 2 ZGB.
Sachgewährleistung und Irrtumsanfechtung, in: Festschrift Theo Guhl (Zürich 1950) 87ff.
Die Rechtsöffnung auf Grund synallagmatischer Schuldverträge (Diss. Zürich 1979).

MÜLLER Robert	Gesellschaftsvertrag und Synallagma. Die Anwendbarkeit der Normen über die synallagmatischen Verträge auf den Gesellschaftsvertrag (Diss. Zürich 1971).
NEUENSCHWANDER Markus	Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht (Diss. Bern 1971).
OERTMANN Paul	Entgeltliche Geschäfte (München 1912).
OESTERLE Fritz	Die Leistung Zug um Zug (Berlin 1980).
OFTINGER Karl	Zürcher Kommentar; Sachenrecht, Das Fahrnispfand (2.A. Zürich 1952).
OFTINGER Karl	Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts (2.A. Zürich 1973).
OSER/SCHÖNENBERGER	Zürcher Kommentar; Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (2.A. Zürich 1929); Die einzelnen Vertragsverhältnisse (2.A. 1. Halbband Zürich 1936, 2. Halbband Zürich 1945).
PARTSCH Karl Josef	Das Zurückbehaltungsrecht (Diss. Freiburg i.Br. 1938).
PLANIOI/RIPERT	Traité pratique de droit civil Français, Bd. VI (Obligations), bearbeitet von Paul ESMEIN (2.A. Paris 1952); Société et associations, bearbeitet von Jean LEPARGNEUR (2.A. Paris 1954).
RABEL Ernst	Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung, Bd. I (unveränderter Neudruck der Ausgabe von 1936, Berlin 1957); Bd. II unter Mitwirkung von VON DOHNANYI und KÄSER (Berlin/Tübingen 1958).
REICHSGERICHTSRÄTE-KOMMENTAR (RGR-Komm.)	Das bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, I. Band 2. Teil (§§ 241–432 BGB) bearbeitet von FISCHER, LÖSCHER, NASTELSKI und WILDE (11.A. Berlin 1960).
SCHLEGELBERGER Franz	Das Zurückbehaltungsrecht (Jena 1904).
SCHMID Emil	Zürcher Kommentar; Das Obligationenrecht, Teilband 2b: Miete, Pacht, Leihe, Lfg. 1: Art. 253–260 (3.A. Zürich 1974).
SCHMIDT Daniel	Die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug und deren Vollstreckung (Diss. Zürich 1963).
SCHMIDT-RIMPLER Walter	Die Gegenseitigkeit bei einseitig bedingten Verträgen, insbesondere beim Versicherungsvertrag (Stuttgart 1968).
SCHNEIDER Erich	Einführung in die Wirtschaftstheorie; II. Teil: Wirtschaftspläne und wirtschaftliches Gleichgewicht in der Verkehrswirtschaft (12.A. Tübingen 1969).
SCHÖNENBERGER/JÄGGI	Zürcher Kommentar; Das Obligationenrecht. Einleitung, Internationales Privatrecht, Art. 1–17 (3.A. Zürich 1973).
SCHOLLMAYER Friedrich	Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf, in: Jher Jahrb. 49 1905 93ff.
SCHUBIGER Alfred	Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung (Diss. Bern 1957).
SIEGWART Alfred	Zürcher Kommentar; Das Obligationenrecht; Bd. V/4. Teil: Die Personengesellschaften, Art. 530–619 OR (Zürich 1938).
SOERGEL/jeweiliger Bearbeiter	Hs. Th. Soergel und W. Siebert: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 8 Bde (10.A. Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1967–1971); §§ 243ff bearbeitet von SCHMIDT; §§ 433ff bearbeitet von BALLERSTEDT.
SPIRO Karl	Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen (2 Bde, Bern 1975).
STAUDINGER/jeweiliger Bearbeiter	J. von Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, mehrbändig (11.A. Berlin 1955ff); §§ 1ff bearbeitet von COING; §§ 249ff bearbeitet von WERNER; §§ 305ff bearbeitet von KADUK; §§ 433ff bearbeitet von OSTLER.
STAUDINGER/jeweiliger Bearbeiter	J. von Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, mehrbändig (12.A. Berlin 1978ff); §§ 433ff bearbeitet von KÖHLER; §§ 454ff bearbeitet von HONSELL.
STAUFFER Wilhelm	Von der Zusicherung gemäss OR 197, in: ZBJV 80 1944 145ff.
STRÄULI/MESSMER	Sträuli Hans und Messmer Georg: Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung. Gesetz über das Zivilprozessrecht vom 13. Juni 1976 (Zürich 1976).

SÜSS Theodor	Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel (Leipzig 1931).
TEUBNER Günther	Gegenseitige Vertragsuntreue (Tübingen 1975).
VON TUHR Andreas	Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil (Berlin 1923).
VON TUHR/SIEGWART	Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I und II (2.A. Zürich 1942 und 1944).
VON TUHR/ESCHER	Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II unter Mitarbeit von H. Schulin (3.A. Zürich 1974).
VON TUHR/PETER	Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I unter Mitarbeit von H. Schulin (3.A. Zürich 1974/1979).
WEBEL Wolfgang	Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages des § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB und das Rückbehaltungsrecht des § 273 Abs. 1 BGB (Diss Breslau 1933).
WEINTRAUD Gerhard	Die Saldotheorie. Ein Beitrag zur Lehre vom Gegenstand des Bereicherungsanspruchs (Breslau 1931).
WINDSCHEID/KIPP	Lehrbuch des Pandektenrechts, 3 Bde. (9.A. Frankfurt a.M. 1906).
ZITELMANN Ernst	Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches. Allgemeiner Teil (Leipzig 1900).

§ I Einführung in die Problemstellung und Übersicht

Ausgangspunkt der vorliegenden Arbeit bildet Art. 82 OR, wonach derjenige, der «bei einem zweiseitigen Vertrag den andern zur Erfüllung anhalten will ..., entweder bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten (muss), es sei denn, dass er nach dem Inhalte oder der Natur des Vertrages erst später zu erfüllen hat». Wie sich auch aus der Randnote ergibt, regelt OR 82 somit die «Ordnung in der Erfüllung» bzw. statuiert für «zweiseitige Verträge» das «Zug-um-Zug-Prinzip». Dessen Bedeutung wird in den §§ 3 und 4 näher untersucht: OR 82 umschreibt für «zweiseitige Verträge» ein «Zurückbehaltungsrecht» der vertragstreuen Partei bei nicht gehöriger Vertragserfüllung seitens der Gegenpartei und verhindert damit eine einseitige Durchsetzung der den Vertragspartnern wechselseitig zustehenden Erfüllungsansprüche. Die Rechtsnatur dieses «Zurückbehaltungsrechts» wird in § 4 geprüft.

Jede Gesetzesnorm bedarf der Auslegung bezüglich der Merkmale des in ihr umschriebenen Tatbestands und der daraus ableitbaren Rechtsfolgen¹. Das gilt auch für OR 82. § 2 konkretisiert zunächst den Begriff des «zweiseitigen Vertrags», wie er in OR 82 verwendet wird. § 6 umschreibt die *Voraussetzungen* des sich aus dieser Gesetzesbestimmung ergebenden Zurückbehaltungsrechts. Im Zusammenhang mit dem Tatbestandsmerkmal der nicht gehörigen Gegenleistung muss dabei insbesondere das Verhältnis von OR 82 zu den Rechtsnormen, welche die Erfüllungsstörungen betreffen², näher geprüft werden.

Wie jeder Rechtsbehelf ist auch die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts an die Schranken von Treu und Glauben (ZGB 2) gebunden. In § 7 wird diese Blankettnorm im Zusammenhang mit OR 82 konkretisiert.

Das Zug-um-Zug-Prinzip ist bei der prozessualen Durchsetzung mit Schwierigkeiten verbunden. Es fragt sich, ob die vom Kläger anhängig gemachte Klage abgewiesen werden muss, wenn der Beklagte mit Erfolg das in OR 82 umschriebene Zurückbehaltungsrecht geltendmachen kann, oder ob diese vielmehr in dem Sinne bedingt gutzuheissen ist, dass der Beklagte zur Leistung Zug um Zug gegen Erbringung der Gegenleistung verurteilt wird. U.a. damit befasst sich eingehend § 10.

¹ LARENZ Methodenlehre 292.
² OR 97ff, 197ff.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes bezieht sich OR 82 primär auf diejenigen Fälle, bei denen sich je eine (natürliche oder juristische) Person als Parteien des zweiseitigen Vertrags gegenüberstehen. Besondere Probleme stellen sich für die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts, wenn ein *Dritter* als Subjekt einzelner auf dem Vertrag beruhender Rechte und Pflichten berücksichtigt werden muss, wie das beim Vertrag zugunsten eines Dritten, bei der Zession und bei der Schuldübernahme der Fall ist, oder wenn eine *Personenmehrheit* als Partei am Vertrag beteiligt ist. Das ist die Thematik der §§ 8 und 9.

OR 82 betrifft die «Ordnung in der Erfüllung» (Randnote) «*zweiseitiger Verträge*». Ein allgemein bei wechselseitigen Leistungspflichten³ geltendes Zurückbehaltungsrecht derjenigen Partei, die von der Gegenpartei belangt wird, ohne dass die ihr von dieser geschuldete Leistung erbracht oder angeboten wird, statuiert das schweizerische OR nicht. Demgegenüber kennt das deutsche BGB in § 273 ein allgemein bei konnexen wechselseitigen Verpflichtungen wirkendes Zurückbehaltungsrecht. In § 11 wird anhangsweise die Frage untersucht, inwieweit auch im schweizerischen Recht gestützt auf richterliche Gesetzesergänzung gemäss ZGB 1 Abs. 3 eine analoge Erweiterung des Zurückbehaltungsrechts geboten ist.

Das schweizerische OR und das deutsche BGB beruhen bekanntlich auf gemeinsamen Wurzeln⁴. So besitzt OR 82 eine weitgehende Parallele in § 320 BGB. Es ist daher gerechtfertigt, für die Auslegung von OR 82 auch auf die deutsche Literatur und Rechtsprechung zurückzugreifen.

Die Vertragsparteien werden im Folgenden zuweilen entsprechend der prozessualen Situation als «Kläger» und «Beklagter» bezeichnet. Damit soll nicht etwa angetönt werden, die Einrede des nicht erfüllten Vertrags sei nur im Prozess zulässig (vgl. hinten S. 101). Diese Parteibezeichnung dient vielmehr lediglich der sprachlichen Vereinfachung: «Kläger» ist diejenige Vertragspartei, welche gegenüber ihrem Vertragspartner Ansprüche erhebt; «Beklagter» die Gegenpartei, der gegebenenfalls die Einrede des nicht erfüllten Vertrags zusteht.

3 Wechselseitige Verpflichtungen können sich bspw. auch bei wirtschaftlicher Verknüpfung verschiedener rechtlich selbständiger Verträge oder bei der Rückabwicklung eines ungültigen Vertrages ergeben.

4 Vgl. MEILI 2ff.

§ 2 Der zweiseitige Vertrag

A. Fehlen einer Legaldefinition

Eine Definition des Begriffs «zweiseitiger Vertrag» findet sich im schweizerischen OR nirgends¹. Diese Rechtsfigur wird aber offensichtlich vom Gesetz als bekannt vorausgesetzt, knüpft doch insbesondere OR 82 ausdrücklich an sie an². Es ist daher die Aufgabe der Doktrin, eine nähere Umschreibung zu liefern.

B. Abgrenzung des Begriffspaares «einseitiges Rechtsgeschäft – zweiseitiges Rechtsgeschäft» gegenüber dem Begriffspaar «einseitiger Vertrag – zweiseitiger Vertrag»

Von seinem Entstehungstatbestand bzw. den für die Vertragsentstehung notwendigen Willensäusserungen her betrachtet³ ist jeder Schuldvertrag⁴ zweiseitiger Natur⁵: Zwei Parteien tauschen übereinstimmende Willenserklärungen aus, die auf Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechtsbeziehungen zwischen ihnen gerichtet sind⁶. Er wird daher als *zweiseitiges Rechtsgeschäft* bezeichnet. Freilich gibt es Verträge, die durch einseitige Willenserklärung perfektioniert werden, so bspw. wenn ein Kaufvertrag durch Ausübung eines Vorkaufsrechts zustande kommt. Aber auch diese Schuldverhältnisse sind zweiseitiger Natur, da ja bei ihnen die für die Vertragsentstehung notwendige Willensäusserung der Gegenpartei effektiv oder vom Gesetz fingiert zeitlich vorausgegangen ist⁷.

Beim *einseitigen Rechtsgeschäft* genügt demgegenüber die Willensäusserung *einer* Partei zur Herbeiführung von Rechtswirkungen. Beispiele

1 Anders der französische Code civil in Art. 1104: Ein vollkommen zweiseitiger Vertrag liegt vor, «lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne ou de ce qu'on fait pour elle».

2 Neben OR 82 gehen bspw. auch die Art. 107ff und 119 vom Begriff des zweiseitigen Vertrages aus.

3 Vgl. STAUDINGER/KADUK Vorbem. zu BGB 320 N.1.

4 Gegenstand der vorliegenden Abhandlung bilden vornehmlich die *Schuldverträge*, die gemäss gebräuchlicher Definition auf Begründung oder Änderung eines *Schuldverhältnisses* zielen. Im Hintergrund bleiben also die Verträge des ZGB, bspw. Ehescheidungskonvention, Erbteilungsvertrag, Dienstbarkeits- und Pfandbestellungsvertrag. Vgl. dazu VON TUHR/PETER 144f.

5 Vom Vertrag als zweiseitigem Rechtsgeschäft müssen die mehrseitigen Rechtsgeschäfte abgegrenzt werden (z.B. Gesellschaftsvertrag, Beschluss). Dazu GUHL/MERZ/KUMMER 106.

6 Vgl. die Definition des Rechtsgeschäfts bei VON TUHR/PETER 143 und GUHL/MERZ/KUMMER 104.

7 Der Ausübung des Vorkaufsrechts durch A geht dessen Einräumung durch B voraus.

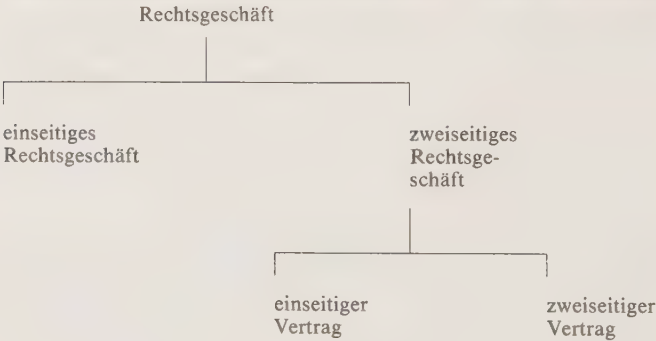
dafür sind: letztwillige Verfügung⁸; Ausschlagung einer Erbschaft⁹; Errichtung einer Stiftung¹⁰; sämtliche Gestaltungsgeschäfte, z.B. Rücktritt vom Vertrag¹¹, Geltendmachung eines Willensmangels¹², Kündigung, Verrechnung¹³ etc.

Liegt dem Begriffspaar «einseitiges – zweiseitiges Rechtsgeschäft» somit als Unterscheidungskriterium die Anzahl der beteiligten Parteien zugrunde, geht es demgegenüber bei dem für die Abgrenzung des Anwendungsbereiches von OR 82 wesentlichen Begriffspaar «einseitiger – zweiseitiger Vertrag»¹⁴ um die *Rechtswirkungen* des Vertrags, m.a.W. um die Frage, inwieweit die beiden beteiligten Parteien durch den Vertragsabschluss Verpflichtungen übernommen haben.

C. Abgrenzung des zweiseitigen gegenüber dem einseitigen Vertrag

Bezüglich ihrer Rechtswirkungen werden die Verträge seit der pandektistischen Doktrin¹⁵ in *einseitige Verträge* (contractus unilaterales) und *zweiseitige Verträge* (contractus bilaterales) unterteilt. Bei den einseitigen Verträgen, zu denen bspw. das Schenkungsversprechen¹⁶, die Bürgschaft¹⁷, nicht aber das Darlehen¹⁸ gehört, entsteht nur für die eine Vertragspartei

8 ZGB 481ff.
9 ZGB 566ff.
10 ZGB 80.
11 OR 107ff, insbesondere 109.
12 OR 31.
13 OR 120.
14 Das Begriffspaar «einseitiger – zweiseitiger Vertrag» steht in der Begriffspyramide eine Stufe tiefer als das Begriffspaar «einseitiges – zweiseitiges Rechtsgeschäft:



15 Vgl. WINDSCHEID/KIPP II/318ff, DERNBURG II/55ff.
16 OR 243.
17 OR 492ff.
18 Im Gegensatz zum gemeinen Recht und zum deutschen BGB (§ 607 Abs 1) ist das Darlehen im schweizerischen Recht zweiseitiger Natur, da auch für den Darleiher eine Verpflichtung entsteht, nämlich «zur Übertragung des Eigentums an einer Summe Geldes oder an andern vertretbaren Sachen», während sich der Borger «zur Rückerstattung von Sachen der nämlichen Art in gleicher Menge und Güte» verpflichtet (vgl. OR 312).

eine Verpflichtung¹⁹, während bei den zweiseitigen Verträgen *beide Kontrahenten* wechselseitig berechtigt und verpflichtet, das heisst also Gläubiger und Schuldner sind²⁰. Für die Qualifikation eines Rechtsgeschäfts als zweiseitigen Vertrag kommt es nur darauf an, ob für beide beteiligten Parteien Verpflichtungen entstehen, entgegen der von MEYER 35 im Anschluss an SCHÖNENBERGER/JÄGGI OR I N.118 geäusserten Auffassung aber nicht darauf, ob ein Interessengegensatzvertrag²¹ vorliegt oder nicht. Nach absolut herrschender Auffassung ist nämlich bspw. auch der entgeltliche Auftrag, ein *Interessenwahrungsvertrag*²², zweifellos zweiseitiger Natur.

D. Der vollkommen zweiseitige Vertrag

I. Abgrenzung gegenüber dem unvollkommen zweiseitigen Vertrag

Die zweiseitigen Verträge werden von der Doktrin in unvollkommen zweiseitige Verträge (*contractus bilaterales inaequales*) und vollkommen zweiseitige Verträge²³ (*contractus bilaterales aequales*) unterteilt. Nach unbestrittener Doktrin und Praxis versteht das schweizerische OR – so insbesondere auch Art. 82 – unter «zweiseitigen Verträgen» nur die vollkommen zweiseitigen Verträge²⁴. Bei den *unvollkommen zweiseitigen Verträgen* entstehen zwar bei beiden Parteien Verpflichtungen, aber es wird kein Austausch von Leistungen bezweckt²⁵. Schuldner- und Gläubigerposition wechseln im Verlauf der Abwicklung des Rechtsgeschäfts: Während sich die eine

19 Vgl. Cfr 1103: «(Le contrat) est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières il y ait d'engagement».

20 Vgl. dazu VON TUHR/PETER 149.

21 Vgl. SCHÖNENBERGER/JÄGGI OR I N.118.

Der Begriff «Interessengegensatzvertrag» stammt aus der deutschen Doktrin. Diese unterscheidet Interessengegensatzverträge, Interessenwahrungsverträge und Interessenvergemeinschaftungsverträge. Abgrenzungskriterium ist der von den Parteien mit dem Vertragsabschluss verfolgte Zweck: Mit den *Interessengegensatzverträgen* verwirklichen die Parteien entgegengesetzte Interessen (so erzielt bspw. der Käufer beim *Handelskauf* Gewinn durch möglichst billigen Einkauf, der Veräusserer durch möglichst teuren Verkauf). Beim *Interessenwahrungsvertrag* verpflichtet sich demgegenüber die eine Partei, die Interessen der anderen zu wahren, wobei allerdings daneben durchaus noch eigene Interessen im Spiel sein können. Klassisches Beispiel des *Interessenwahrungsvertrags* ist der *Auftrag*. Der *Interessenvergemeinschaftungsvertrag* schliesslich dient der Interessengleichrichtung der Parteien: Durch den Vertragsabschluss verpflichten sich diese, ein gemeinsames Ziel mit gemeinsamen Mitteln zu verfolgen (*Gesellschaftsvertrag*).

22 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER 41 zählen allerdings den Interessenwahrungsvertrag nicht zu den Austauschverträgen.

23 Bzw. nach der Terminologie VON TUHR/PETERS 149 «wesentlich zweiseitige Verträge».

24 Vgl. OSER/SCHÖNENBERGER Vorbem. zu Art 1–40 N.68–70, OR 82 N.2, OR 107 N.5; BECKER OR 82 N.7; VON TUHR/PETER 150; VON TUHR/ESCHER 58; BGE 94 II 267; 67 II 126; 55 II 46.

25 VON TUHR/PETER 149.

Partei zu einer unentgeltlichen Hauptleistung verpflichtet, hat die andere bloss eine davon abhängige Nebenleistung zu erbringen. Beispiele dafür sind: Gebrauchsleihe²⁶, Darlehen²⁷, Auftrag²⁸ und Hinterlegung²⁹, sofern dafür kein Entgelt vereinbart ist^{30/31}.

Beim Darlehen, bei der Gebrauchsleihe und bei der Hinterlegung bildet die Rückgabe der Sache nicht Gegenleistung, sondern bloss Rechtsfolge der Hingabe der Sache. Ähnlich verhält es sich mit dem Ersatz der Aufwendungen des Entlehners, des Aufbewahrers und des Beauftragten: Auch hierbei geht es nicht um eine Gegenleistung, sondern um eine sich je nach Fall aktualisierende Nebenverpflichtung derjenigen Partei, in deren Interesse die Aufwendungen gemacht worden sind³². Bei den *vollkommen zweiseitigen Verträgen* entstehen demgegenüber notwendigerweise für beide Parteien *wechselseitige Ansprüche und Verpflichtungen*, die nach der vom Bundesgericht geprägten Definition³³ «genetisch und funktionell» voneinander abhängen. Beispiele dafür sind fast alle wichtigen Verträge des täglichen Lebens: Kauf³⁴, Tausch³⁵, Miete³⁶, Arbeitsvertrag³⁷, Werkvertrag³⁸, entgeltlicher Auftrag³⁹, Frachtvertrag⁴⁰ usw. Der Käufer wird bspw. Schuldner des Kaufpreises und Gläubiger der Kaufsache, während der Verkäufer umgekehrt die Kaufsache schuldet und Gläubiger hinsichtlich des Kaufpreises ist. Auch der Vergleich, bei dem durch gegenseitige Konzessionen ein zwischen den Parteien bestehender Streitfall gütlich geregelt wird, gehört zu den vollkommen zweiseitigen Verträgen i.S. der zitierten bundesgerichtlichen Definition⁴¹.

Für die Beantwortung der Frage, ob ein vollkommen zweiseitiger Vertrag vorliegt, ist nicht der gesetzliche Vertragstypus, sondern der *Inhalt* des im konkreten Fall von den Parteien abgeschlossenen Vertrages massge-

26 OR 305ff.

27 OR 312ff.

28 OR 394ff; vgl. dazu BGE 94 II 267.

29 OR 472ff.

30 Die Gebrauchsleihe ist gemäss Legaldefinition unentgeltlich, vgl. OR 305.

31 Anders ist die Rechtslage beim entgeltlichen Darlehen, beim entgeltlichen Auftrag und bei der entgeltlichen Hinterlegung: Zins bzw. Vergütung sind Gegenleistungen, welche den Vertrag zum vollkommen zweiseitigen machen.

32 Vgl. VON TUHR/PETER 149f.

33 BGE 67 II 126, vgl. auch JT 89 1941 525ff; ZBJV 78 1942 532f.

34 OR 184ff.

35 OR 237ff.

36 OR 253ff.

37 OR 319ff.

38 OR 363ff.

39 OR 394ff.

40 OR 440ff.

41 Vgl. dazu RGZ 93/290, STAUDINGER/KADUK Vorbem. zu BGB 320 N.4.

bend. Aufgrund der Vertragsinhaltsfreiheit⁴² steht es den Parteien frei, Verträge, die nach dem gesetzlichen Typus unvollkommen zweiseitiger Natur sind, als zweiseitige Verträge auszugestalten⁴³. Ebenso können mehrere Einzelverträge im konkreten Fall derart miteinander verknüpft werden, dass Bestand und Erfüllung des einen Vertrags für Bestand und Erfüllung des andern rechtlich erheblich werden⁴⁴. Selbstverständlich ist den Parteien auch unbenommen, einen Innominatkontrakt als vollkommen zweiseitigen Vertrag zu gestalten.

Vom vollkommen zweiseitigen Vertrag muss derjenige einseitige Vertrag abgegrenzt werden, bei dem der Gläubiger, will er die versprochene Leistung verlangen, eine *Bedingung* zu erfüllen hat⁴⁵. Ob die vom Gläubiger zu erbringende Leistung im konkreten Fall Inhalt einer Bedingung oder Vertragspflicht darstellt, entscheidet sich an der durch Auslegung zu klärenden Frage, ob sie selbständig gerichtlich durchgesetzt werden kann, oder ob bloss der Anspruch auf Erfüllung durch die Gegenpartei dahinfällt, wenn sie nicht erbracht wird.

Auch im vollkommen zweiseitigen Vertrag stehen nicht alle vertraglichen Verpflichtungen in dem vom Bundesgericht in BGE 67 II 126 genannten genetischen und funktionalen Abhängigkeitsverhältnis. Beim *Mietvertrag*⁴⁶ gilt dies bspw. für die Verpflichtung des Mieters, die Mietsache nach Ablauf der Mietdauer zurückzugeben; beim *Arbeitsvertrag* für die Pflicht des Arbeitnehmers, Geschäftsbücher etc. herauszugeben^{47/48}.

II. *Der vollkommen zweiseitige Vertrag als Austauschvertrag*

Die vollkommen zweiseitigen Verträge sind *Austauschverträge*, bei denen die Leistungen der beiden Parteien gegenseitig *ausgetauscht* wer-

42 Zu diesem Unterbegriff der Vertragsfreiheit BERNHARD SCHNYDER: Vertragsfreiheit als Privatrechtsbegriff (Diss. Fribourg 1960) 30ff, 74ff.

43 So beim Auftrag und bei auftragsähnlichen Rechtsverhältnissen durch Vereinbarung eines Entgeltes.

44 Beispiel in ZR 4 1905 Nr. 166 S. 257ff: Kaufverträge über 2 Liegenschaften, die nach dem Willen der Parteien eine Einheit bilden sollen. Vgl. auch SJZ 63 1967 111 und STAUDINGER/KADUK Vorbem. zu BGB 320 N.12.

45 Vgl. RGZ 163/356 sowie STAUDINGER/KADUK Vorbem. zu BGB 320 N.9. Musterbeispiel bildet die bedingte Schenkung.

46 Hauptleistung des Vermieters: Überlassung der Mietsache zum Gebrauch; Hauptleistung des Mieters: Zahlung des Mietzinses.

47 Vgl. dazu ZR 38 1939 Nr. 87 S. 195ff: Beim Arbeitsvertrag stehen Arbeitsleistung und Lohnzahlung, nicht aber die Herausgabe der vom Arbeitnehmer erstellten Geschäftsunterlagen zum Lohn im Austauschverhältnis. Dazu eingehend hinten § 5.

48 Diese Pflichten könnten allein für sich betrachtet auch Gegenstand eines unvollkommen zweiseitigen Vertrages bilden.

den⁴⁹. Dies gilt bspw. für Kauf, Miete, Arbeitsvertrag, Werkvertrag usw.⁵⁰. Sie werden daher gewöhnlich als *synallagmatische* Verträge⁵¹ bezeichnet⁵².

Kein gegenseitiger Austausch der Leistungen, wohl aber eine zumindest genetische Verknüpfung der wechselseitigen Verpflichtungen der Parteien im Sinne der bundesgerichtlichen Definition⁵³ findet sich beim Gesellschaftsvertrag⁵⁴, wo die von den Parteien geschuldeten Leistungen zugunsten einer von ihnen zumindest funktional getrennten⁵⁵ Einheit bzw. dem damit verfolgten Gesellschaftszweck erbracht werden. In der gemeinrechtlichen Doktrin ist denn auch die Gesellschaft ohne weiteres zu den vollkommen zweiseitigen Verträgen gezählt worden⁵⁶. Dasselbe gilt auch für einen Teil der modernen deutschen Doktrin, wo der Gesellschaftsvertrag zwar unter klarer Betonung der Abgrenzung gegenüber den Austauschverträgen doch als vollkommen zweiseitiger Vertrag besonderer Art bezeichnet wird⁵⁷, sowie für die herrschende französische Lehre⁵⁸. Die neuere schweizerische Doktrin⁵⁹ betont demgegenüber mit Recht die grundsätzlichen Unterschiede zwischen dem Gesellschaftsvertrag und dem vollkommen zweiseitigen Vertrag: Bei diesem stehen sich definitionsgemäss insbesondere immer zwei Parteien gegenüber, während es sich bei der Gesellschaft wenigstens im typischen Fall um ein mehrseitiges Rechtsverhältnis handelt, bei dem bspw. das Dahinfallen der Verpflichtungen eines Gesellschafters nicht notwendigerweise auch die Verpflichtungen der übrigen Gesellschafter ge-

49 Dazu LARENZ I/166; STAUDINGER/KADUK Vorbem. zu BGB 320 N.2.

50 Klarer als im heutigen Recht betonte dabei die römisch-rechtliche Terminologie die Gegenseitigkeit der Verpflichtungen: *emptio venditio*, *locatio conductio*, vgl. dazu KASER I/529.

51 Synallagma bedeutet Austausch.

52 Vgl. LARENZ I/166 und dort zit. Literatur.

53 BGE 67 II 126.

54 Vgl. dazu STAUDINGER/KADUK Vorbem. zu BGB 320 N.2 und dort zitierte Literatur; a.M. MÜLLER 59ff., der ohne nähere Begründung den für den Verpflichtungsakt eines Gesellschafters in der Regel wesentlichen Umstand, ob und wie sich auch Andere als Gesellschafter verpflichten, als blosses (rechtlich unerhebliches) Motiv qualifiziert.

55 Auch bei einzelnen Formen der Personengesellschaften (Kollektivgesellschaft, Kommanditgesellschaft) ist eine funktionale Trennung zwischen Gesellschaftern und Gesellschaft festzustellen, wenn diese auch nicht bis zur Anerkennung einer eigenen selbständigen Rechtspersönlichkeit gesteigert ist.

56 Vgl. WINDSCHEID/KIPP II/777 N.1a. Nach Auffassung der modernen romanistischen Doktrin beruht dies allerdings auf einer unrichtigen Quelleninterpretation, da die römisch-rechtliche *societas* mit ihrer erst nach beendigter Gesellschaft möglichen *actio pro socio* eher den unvollkommen zweiseitigen Verträgen nahesteht. Vgl. dazu FRANZ WIEACKER: Das Gesellschaftsverhältnis des klassischen Rechts, in: Savigny-Zeitschrift, Rom. Abt. 69 1952 302ff., KASER I/530.

57 So STAUDINGER/KADUK Vorbem. zu BGB 320 N.2; ENNECERUS/LEHMANN 732; DÜRRINGER/HACHENBURG II/1N.42; anders aber z.B. LARENZ II/337.

58 PLANIOL/RIPERT VI/35, XI/235.

59 SIEGWART Vorbem. vor Art 530–551 N.56ff.; BECKER OR 530 N.4, 82 N.12; OSER/SCHÖNENBERGER OR 82 N.4; GUHL/MERZ/KUMMER 525; MÜLLER 59ff.

genstandslos macht⁶⁰. Im Übrigen stellt die Gesellschaft im Gegensatz zu den zweiseitigen Verträgen einen Interessenvergemeinschaftungsvertrag dar, dessen Ziel es ist, mit gemeinsamen Mitteln einen gemeinsamen Zweck zu fördern⁶¹. Die im OR für den vollkommen zweiseitigen Vertrag statuierten Normen sind auf den Gesellschaftsvertrag nicht anwendbar⁶².

III. *Vollkommen zweiseitiger Vertrag und Äquivalenzprinzip*

1. *Keine begriffliche Notwendigkeit objektiver Gleichwertigkeit der beidseitigen Leistungen*

Nach marktwirtschaftlicher Theorie⁶³ hat der Wettbewerb jedenfalls bei vollkommener Konkurrenz⁶⁴ eine regulierende Funktion: Durch das Spiel von Angebot und Nachfrage wird der für ein bestimmtes Gut adäquate Preis von selbst auf dem richtigen Niveau eingependelt. In einem wettbewerbsgesteuerten Markt besteht somit wenigstens im ordnungspolitischen Modell eine Tendenz zur Gleichwertigkeit der im Rahmen des auf der Privatautonomie basierenden Tauschverkehrs ausgetauschten Güter^{65/66}. Dennoch lässt sich aus dem geltenden Zivilrecht keineswegs die Folgerung ableiten, die in einem vollkommen zweiseitigen Vertrag enthaltenen gegenseitigen Verpflichtungen müssten stets in einem Äquivalenzverhältnis zueinander stehen⁶⁷: Im Gegensatz zum kanonischen Recht, das jeder Sache oder Leistung ihr *iustum pretium* zuerkennt⁶⁸, steht es nach dem das schweizeri-

60 Dazu MÜLLER 67.

61 Vgl. SCHÖNENBERGER/JÄGGI OR I N.118; MÜLLER 63. Zum Begriff «Interessenvergemeinschaftungsvertrag» vorne FN 21.

62 Zur Frage einer analogen Anwendung von OR 82 eingehend hinten § 11 E.

63 Vgl. statt aller SCHNEIDER II/59ff.

64 Vgl. zum Begriff SCHNEIDER II/73ff.

65 Dazu LUDWIG RAISER: Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben (Karlsruhe 1960) Bd I/101ff; VAN DEN DAELE 7.

66 Die vollkommene Konkurrenz beruht einerseits auf der Annahme, dass kein Anbieter genügend Marktmacht besitzt, durch sein Angebotsverhalten den Marktpreis autonom zu steuern, und andererseits auf der Voraussetzung einer genügenden Markttransparenz. Beides ist im heutigen Wirtschaftsleben höchstens noch in Ansätzen gegeben: Monopolen und Oligopolen, die zu einer autonomen Preissteuerung fähig sind, kommt grosse Bedeutung zu; der Abnehmer ist in der Regel nicht mehr in der Lage, das heutige vielfältige Angebot ähnlicher Güter zu überblicken. Dazu eingehend GIERSCH 195ff.

67 Vgl. aber Ccfr 1104: Ein vollkommen zweiseitiger Vertrag liegt vor, «lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne ou de ce qu'on fait pour elle». Diese Umschreibung des vollkommen zweiseitigen Vertrages geht auf naturrechtliche Vorstellungen zurück: POTHIER: Traité des obligations (1761) Partie I/Chap. I No. 13. Dazu VAN DEN DAELE 1.

68 Vgl. dazu ENDEMANN II/14ff.

sche OR beherrschenden Prinzip der Vertragsfreiheit den Parteien grundsätzlich frei, beliebige gegenseitige Verpflichtungen einzugehen, ob sich diese nun wertmässig entsprechen oder nicht⁶⁹. So hat das Bundesgericht bspw. in BGE 94 II 273 einen Kaufvertrag als gültigen zweiseitigen Vertrag behandelt, obwohl der Kaufpreis objektiv zu tief angesetzt war: «Die Vertragschliessenden waren nicht verpflichtet, den Kaufgegenstand zu einem objektiv richtigen oder ihrer Vorstellung entsprechenden Werte zu verkaufen und den Werklohn in der Höhe eines objektiven oder ihrer Vorstellung entsprechenden Wertes, z.B. in der Höhe der Erstellungskosten zu vereinbaren. Die Vertragsfreiheit (Art 19 OR) erlaubte ihnen, sich auf beliebig tiefere oder höhere Preise zu einigen»⁷⁰.

2. *Keine begriffliche Notwendigkeit subjektiver Gleichwertigkeit der beidseitigen Leistungen*

Verschiedene Autoren vertreten die Auffassung, im vollkommen zweiseitigen Vertrag müssten die beidseitigen Leistungen wenigstens nach der subjektiven Meinung der Parteien in einem Äquivalenzverhältnis stehen⁷¹, m.a.W. jede Partei in der Leistung der anderen ein angemessenes Entgelt für ihre eigene Leistung erblicken⁷². Dies ist nicht richtig: Die eine Partei mag im konkreten Fall sehr wohl ein Interesse daran haben, einen Vertragsabschluss zu einem ihr unangemessen scheinenden Entgelt zu tätigen, wenn sie auf diese Weise bspw. ihr wichtig erscheinende Geschäftsbeziehungen erhalten, das Lager räumen, den Marktanteil erhöhen, oder auch ei-

69 VON TUHR/PETER 342; MERZ ZGB 2 N.371; LARENZ I/166; GIGER OR 184 N.163; MÜLLER 10. Ein objektives Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung beeinträchtigt die Verbindlichkeit des Vertrages erst, wenn dadurch der Vorwurf der Unsittlichkeit begründet wird (vgl. BGE 93 II 189ff), oder wenn Ausbeutung der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns einer Vertragspartei vorliegt (OR 21, vgl. dazu insbesondere KARL OFTINGER: Betrachtungen über die laesio im schweizerischen Recht, in: KARL OFTINGER: Ausgewählte Schriften (Zürich 1978) 155ff; EMIL W. STARK: Die Übervorteilung (Art. 21 OR) im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: «Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung ...», Festgabe zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts (Basel 1975) 377ff.

70 Mit Recht verweist MÜLLER 11 auch auf die Praxis des Bundesgerichts zur Minderung (OR 205). Die sog. relative Berechnungsweise, gemäss welcher der Kaufpreis im Verhältnis des objektiven Wertes der mangelhaften zur mangelfreien Kaufsache gemindert wird (dazu eingehend GIGER OR 205 N.20), beruht «auf der Erfahrung, dass der Kaufpreis häufig über oder unter dem objektiven Sachwerte liegt; sie will das vertragsmässige Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung erhalten» (BGE 81 II 210).

71 Vgl. LARENZ I/166f; STAUDINGER/KADUK Vorbem. zu BGB 320 N.6; RGR-Komm Vorbem. zu BGB 320ff N.3; ferner BARTHOLOMEYCIK: Äquivalenzprinzip, Waffengleichheit und Gegengewichtsprinzip, in AcP 166 1966 30; in der älteren Lehre zum BGB z.B. ZITELMANN Allg. Teil 130; KRÜCKMANN AcP 128 1928 181f; in der gemeinrechtlichen Doktrin WINDSCHEID/KIPP II/318; BECHMANN II/150.

72 Vgl. STAUDINGER/KADUK Vorbem. zu BGB 320 N.6; LARENZ I/166.

nen unverschämten Vertreter loswerden⁷³ kann. Auch ein solcher subjektiv nicht im Äquivalenzverhältnis eingependelter Vertrag ist vollkommen zweiseitiger Natur, sofern die vorne S. 24 genannten Voraussetzungen erfüllt sind^{74/75}.

Diese Vorbehalte gegenüber der subjektiven Äquivalenztheorie sind bereits von HAYMANN und OERTMANN⁷⁶ erkannt worden. Die für die heutige deutsche Doktrin repräsentativen Vertreter dieser Theorie⁷⁷ verstehen daher die Äquivalenz nicht als subjektive Gleichbewertung des Tauschwertes, sondern vielmehr des Nutzwertes der gegenseitigen Leistungen. Aber auch das ist nicht richtig: Der wirtschaftliche Tauschverkehr beruht ja gerade darauf, dass jede Partei beim Abschluss eines Geschäfts in der Regel annimmt, die von der Gegenpartei zu erbringende Leistung sei mehr wert als die eigene Leistung. «Kann eine Partei nach ihrer konkreten Nutzsituation den subjektiven Wert der angebotenen Gegenleistung nur ebenso hoch ansehen wie den der eigenen Leistung, so fehlt ein Tauschantrieb ... Tauschvoraussetzung ist, dass jede Partei den Nutzenwert der Gegenleistung höher einschätzt als den der eigenen Leistung»⁷⁸.

3. *Äquivalenz als funktionale Gleichsetzung der beidseitigen Leistungen*

In den bisherigen Erörterungen hat sich ergeben, dass die Gleichwertigkeit der beidseitigen Leistungen in keiner Weise für den vollkommen zweiseitigen Vertrag begriffswesentlich ist⁷⁹. Von Äquivalenz könnte höch-

73 Vgl. HAYMANN, Schenkung 16f.

74 Im gleichen Sinne HAYMANN, Schenkung 16f; OERTMANN, Entgeltliche Geschäfte 46ff; VAN DEN DAEL 9; MÜLLER 11.

75 Vgl. auch BGE 94 II 273.

76 Vgl. FN 74.

77 Vgl. RGR-Komm Vorbem. zu BGB 320 N.3; ERMANN/BATTES Vorbem. zu BGB 320 N.6; BGH in NJW 1959/2203; LARENZ Geschäftsgrundlage 78: «Die Parteien tauschen Leistungen aus, die in den Augen einer jeden von ihnen einander gleichwertig sind, so dass jede für ihre eigene Leistung die wertmässig entsprechende Gegenleistung erhält».

78 VAN DEN DAEL 12; gleich diesem Autor folgend MÜLLER 12. Auch LARENZ I/166 scheint gegenüber der in N.77 zitierten Auffassung, die auch in den älteren Auflagen seines Lehrbuchs des Schuldrechts vertreten wird, insofern eine Berichtigung anzubringen, als er erklärt, jede Partei müsse in der Leistung der anderen «ein hinreichendes Entgelt» für ihre eigene Leistung erblicken. Er betont aber noch immer die «subjektive Äquivalenz».

79 Ein exzessives Ungleichgewicht der beidseitigen Leistungen kann allerdings dann eine Rolle spielen, wenn es geradezu den Vorwurf der Unsittlichkeit oder der Übervorteilung rechtfertigt. Vgl. dazu vorne FN 69 und die dort zitierte Literatur. Dasselbe gilt, wenn das extreme Ungleichgewicht der gegenseitigen Leistungspflichten den Schluss nahelegt, dass die Parteien eigentlich ein für sie mit irgendwelchen rechtlichen Nachteilen verbundenes unentgeltliches Geschäft beabsichtigen und die wertmässig völlig ungenügende Leistung des einen Vertragspartners bloss zur Kaschierung desselben vereinbaren, so z.B. zur Umgehung der Pflichtteilsrechte der Nachkommen, oder zur Bevorzugung einzelner Gläubiger im Konkurs. Solche Rechtsge-

stens in funktionaler Hinsicht gesprochen werden, indem die äquivalente rechtliche Bedeutung der gegenseitigen Leistungen betont wird: Im vollkommen zweiseitigen Vertrag sind die Leistungspflichten der beiden Parteien insofern «gleichwertig», als sie gegenseitig das Entgelt füreinander bilden und darum weitgehend ein gleiches rechtliches Schicksal haben. Das Synallagma bewirkt eine *Gleichsetzung der Leistungen durch Parteiwillens-akt*⁸⁰.

IV. Das genetische Synallagma

1. Grundsätzliches

Das genetische Synallagma⁸¹, dessen Geltung zwar im schweizerischen OR nirgends ausdrücklich statuiert, aber von Doktrin und Praxis einhellig anerkannt wird⁸², zeigt sich darin, dass jeder Vertragspartner seine Leistungspflicht übernimmt, um die vereinbarte Gegenleistung zu erhalten. Mit Recht betont LARENZ⁸³ das «Do ut des»-Prinzip⁸⁴. Darauf gehen im Grunde auch diejenigen Theorien zurück, welche zwar den direkten Zusammenhang der beidseitigen Leistungen leugnen, zur Erklärung des Wesens des Synallagmas aber darauf verweisen, dass die Leistungspflichten durch eine wechselseitige Zweckbeziehung miteinander verknüpft seien⁸⁵, bzw. gegenseitig *causa*⁸⁶ bildeten⁸⁷, ebenso auch die von SCHMIDT-RIMPLER⁸⁸ vertretene Auffassung, welche die «gemeinsame Wertungsgrundlage» der beidseitigen Verpflichtungen betont⁸⁹.

schäfte begründen aber den Vorwurf der Gesetzesumgehung (vgl. dazu Denis MADAÏ: Die sog. Gesetzesumgehung, insbesondere im schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Bern 1941) und sind nichtig oder zumindest anfechtbar. Vgl. dazu bspw. ZGB 527 und SchKG 286.

80 In diesem Sinne LOCHER AcP 121 1923 70; ihm folgend MÜLLER 12 und VAN DEN DAELE 13.

81 Vgl. zum Begriff insbesondere BGE 67 II 126.

82 OSER/SCHÖNENBERGER Vorbem. vor OR 1–40 N.68; BECKER OR 82 N.7; VON BÜREN I/177; MÜLLER 18; BGE 67 II 126; vgl. auch BGE 95 II 422 und 80 II 334, wo das genetische Synallagma stillschweigend vorausgesetzt wird.

83 LARENZ I/166.

84 Vgl. dazu OSER/SCHÖNENBERGER OR 82 N.2 und 3; BECKER OR 82 N.7; ESSER/SCHMIDT 123; RGZ 147/342; BGHZ 15/105.

85 Vgl. VAN DEN DAELE 15; MÜLLER 16.

86 Vgl. zum Begriff Antoine FAVRE: Essai sur la cause des obligations en droit suisse (Diss Fribourg 1927)

87 MÜLLER 13ff; KOCH 57; VAN DEN DAELE 24f.

88 SCHMIDT-RIMPLER 59ff.

89 Jede Seite dürfe davon ausgehen, dass die von ihr versprochene Leistung nur angemessen sei, wenn auch diejenige der Gegenpartei wie versprochen erbracht werde.

2. *Rechtsfolgen*

Die genetische Abhängigkeit der beidseitigen Leistungspflichten hat erhebliche rechtliche Konsequenzen: Die gegenseitigen Verpflichtungen können nur miteinander entstehen⁹⁰; ist eine Verpflichtung bspw. wegen Unmöglichkeit, Unsittlichkeit oder Rechtswidrigkeit des Inhalts nichtig⁹¹, so fällt auch die entsprechende Verpflichtung der Gegenpartei dahin, es sei denn, der Vertrag wäre auch ohne den nichtigen Teil abgeschlossen worden (OR 20 Abs 2).

Ebenfalls infolge des genetischen Synallagmas wird bei Berufung auf Willensmängel nicht nur die Verpflichtung der anfechtenden Partei, sondern auch diejenige der Gegenpartei ungültig⁹².

V. *Das funktionale Synallagma*

Noch bedeutsamer als das genetische Synallagma ist der *funktionelle Zusammenhang* der beidseitigen vertraglichen Verpflichtungen. Geht die Leistungspflicht der einen Partei nachträglich unter, so fällt damit auch der Zweck der Gegenleistung dahin. Der Gesetzgeber hat daraus einerseits die Konsequenz abgeleitet, dass die Vertragspflichten der beiden Parteien in ihrer Existenz grundsätzlich voneinander abhängig sind. Entfällt daher bei nachträglicher unverschuldeter Unmöglichkeit gemäss OR 119 die Leistungspflicht der einen Partei, so wird gestützt auf OR 119 Abs 2 auch die Gegenpartei von der Pflicht zur Erbringung der Gegenleistung frei bzw. kann diese, sofern sie schon erbracht worden ist, nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung⁹³ zurückfordern oder gar vindizieren. «Dieser Grundsatz entspricht der Idee des Austauschvertrages und leuchtet dem Rechtsgefühl des Laien ohne weiteres ein: Wer nichts gibt, soll nichts bekommen» (VON TUHR/ESCHER 133)⁹⁴. Ausgenommen von dieser Regel sind aber gemäss OR 119 Abs. 3 diejenigen Fälle, «in denen die Gefahr nach Ge-

90 Vgl. BECKER OR 82 N.7; VON BÜREN I/177; MÜLLER 18; STAUDINGER/KADUK Vorbem. zu BGB 320 N.4a.

91 OR 20.

92 Vgl. VON BÜREN I/177; STAUDINGER/KADUK Vorbem. zu BGB 320 N.4a. Zum gleichen Resultat führt auch folgende Überlegung: Für die Entstehung eines Vertrags sind zwei übereinstimmende Willenserklärungen notwendig. Ist die eine aus irgendeinem Grunde unwirksam, kommt der Vertrag gar nicht zustande bzw. wird ex tunc nichtig (vgl. VON TUHR/PETER 226).

93 OR 62ff. Es handelt sich um eine *condictio ob causam finitam*, vgl. VON TUHR/PETER 492f; OSER/SCHÖNENBERGER OR 119 N.19.

94 Von einzelnen Autoren wird dieser Zusammenhang als «*konditionelles Synallagma*» bezeichnet (vgl. VAN DEN DAELE 26; MÜLLER 20; MEYER 39).

setzesvorschrift oder nach dem Inhalt des Vertrages vor der Erfüllung auf den Gläubiger übergeht». Das gilt nach der dispositiven Anordnung von OR 185 insbesondere für den *Kaufvertrag*⁹⁵, wo Nutzen und Gefahr der Kaufsache beim Stückkauf grundsätzlich im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, beim Gattungskauf mit der Ausscheidung auf den Käufer übergehen⁹⁶: Geht die Kaufsache vor der Übergabe an den Käufer durch Zufall unter, so wird der Verkäufer von seiner Leistungspflicht befreit; der Käufer muss aber nach wie vor den vereinbarten Kaufpreis bezahlen⁹⁷.

Ausdruck des funktionellen Synallagmas von Leistung und Gegenleistung ist auch die in OR 107–109, 190f und 214f enthaltene besondere Regelung der Verzugsfolgen für zweiseitige Verträge, insbesondere Kaufverträge⁹⁸. Die funktionale Verknüpfung der beidseitigen Leistungen manifestiert sich aber insbesondere in der auf OR 82 beruhenden Möglichkeit, durch Erhebung der «Einrede des nicht erfüllten Vertrags» die eigene Leistung so lange zurückzubehalten, bis die Gegenleistung gehörig angeboten wird⁹⁹.

95 Vgl. auch OR 376 Abs. 3 und 378 für den Werkvertrag.

96 Zur Auslegung und praktischen Bedeutung von OR 185 eingehend GIGER OR 185 N.26ff.

97 De lege ferenda ist diese Regelung, welche auf dem römisch-rechtlichen Grundsatz «periculum est emptoris» beruht, allerdings fragwürdig, gerade weil sie dem Synallagma-Gedanken widerspricht. Vgl. dazu GIGER OR 185 N.74 und BGE 84 II 161.

98 Die zahlreichen Probleme der Rechtsfolgen des Schuldnerverzuges werden im Detail insbesondere von LEMP behandelt (vgl. Paul LEMP: Schadenersatz wegen Nichterfüllung als Folge des Schuldnerverzuges (Diss. Bern 1939). Zusammenfassend sei hier lediglich darauf hingewiesen, dass der Gläubiger bei synallagmatischen Verträgen folgende Wahl hat:

– Entweder kann er auf der Erbringung der schuldnerischen Leistung nebst Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung beharren.

– Oder er kann unter Aufrechterhaltung des Vertrags auf die schuldnerische Leistung verzichten und Schadenersatz im Umfange des positiven Vertragsinteresses verlangen, wobei es ihm freisteht, nach der Austauschtheorie seine eigene Leistung zu erbringen oder diese gemäss der Differenztheorie unter Anrechnung an seine Schadenersatzansprüche zurückzubehalten. Die Differenztheorie ist in OR 191 und 215 ausdrücklich für den Handelskauf vorgesehen. Sie gilt aber nach herrschender schweizerischer Doktrin auch für den gewöhnlichen Kauf des bürgerlichen Verkehrs und für die synallagmatischen Verträge überhaupt. Vgl. dazu ausführlich GIGER OR 215 N.26ff.

– Oder er kann vom Verträge zurücktreten und Schadenersatz im Umfange des negativen Vertragsinteresses verlangen. Der Vertrag wird dabei ex tunc aufgehoben, so dass allfällig bereits erbrachte Leistungen vindiziert, oder wenn dies nicht möglich ist, nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden können.

99 Sofern keine Vorleistungspflicht besteht, vgl. hinten § 6C.

§ 3 Das Zug-um-Zug-Prinzip

A. Zeitpunkt der Vertragserfüllung im Allgemeinen

Grundsätzlich kann der Gläubiger vom Schuldner Erfüllung verlangen, sobald der betreffende Anspruch *fällig* ist. Davon handeln die Art. 75ff OR: Für den Zeitpunkt der Erfüllung ist primär die ausdrückliche oder konkludente Parteivereinbarung, sekundär die Natur des Rechtsverhältnisses¹ massgebend²; fehlt eine solche Zeitbestimmung, darf die Erfüllung vorbehaltlich besonderer gesetzlicher Anordnung³ *sogleich nach Entstehung der Forderung*⁴ verlangt und notfalls vor Gericht prozessual durchgesetzt werden.

B. Das Problem der Erfüllungsreihenfolge bei vollkommen zweiseitigen Verträgen (Zug-um-Zug-Prinzip)

Angesichts der genetischen und funktionalen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung⁵ würde es beim vollkommen zweiseitigen Vertrag⁶ indessen zu stossenden Ergebnissen führen, wenn die eine Partei sofort nach Eintritt der Fälligkeit von der Gegenpartei Erfüllung verlangen dürfte, ohne ihre eigene Leistung zu erbringen, oder umgekehrt formuliert, wenn die eine Partei ihre Leistung aus der Hand geben müsste, ohne gleichzeitig die Erbringung der von der Gegenpartei geschuldeten Leistung durchsetzen zu können. Aus diesem Grunde beschränkt OR 82 bei vollkommen zweiseitigen Verträgen⁷ die beidseitige Leistungspflicht auf eine Verpflich-

1 Beispiel: Die dem Mieter zugestellte Heizkostenabrechnung wird erst nach Ablauf der für die Überprüfung notwendigen Zeit zur Zahlung fällig (ZR 68 1969 Nr. 89 S. 250). Vgl. auch BECKER OR 75 N.3.

2 OR 75, dazu eingehend VON TUHR/ESCHER 46ff; BECKER OR 75 N.2f.

3 Vgl. OR 213 für den Kaufpreis; OR 262, 286 für Miet- und Pachtzinsen; OR 314 Abs. 2 für den Darlehenszins; OR 323 für den Arbeitslohn; OR 372 für den Werklohn; OR 413 für den Maklerlohn; VVG 41 für den Versicherungsanspruch.

4 Nach der zutreffenden Auffassung VON TUHR/ESCHERS ist dabei das Wort «sogleich» nicht buchstäblich zu verstehen: «Dem Schuldner muss soviel Zeit gelassen werden, als er nach Treu und Glauben zur Bewirkung der Leistung braucht» (VON TUHR/ESCHER 50f, vgl. auch ZR 68 1969 Nr. 89 S. 250). Ist daher eine Sache geschuldet, die erst hergestellt werden muss, ergibt sich aus der Natur der Leistung ein Aufschub, welcher der normalen Herstellungsdauer entspricht.

5 BGE 67 II 126.

6 Inwieweit die nachfolgend dargestellten Erwägungen auch für unvollkommen zweiseitige Verträge sowie für den Gesellschaftsvertrag Geltung besitzen, wird hinten in § 11 E erörtert.

7 OR 82 gilt trotz des missverständlichen Gesetzeswortlauts grundsätzlich nur für den *vollkommen* zweiseitigen Vertrag (vgl. vorne S. 23 und insbesondere VON TUHR/ESCHER 58). Allerdings ist eine analoge Anwendung bei ähnlichen Interessenlagen möglich; dazu hinten § 11 C.

tung zur *Leistung Zug-um-Zug* gegen Empfang der Gegenleistung, sofern nicht aufgrund ausdrücklicher oder konkludenter Parteivereinbarung, der «Natur des Vertrags» (OR 82 in fine)⁸, einer Usance⁹, oder gesetzlicher Anordnung¹⁰ die eine Vertragspartei vorleisten muss^{10a}.

C. Theoretische Begründung des Zug-um-Zug-Prinzips

In der schweizerischen und deutschen Doktrin sind zur teleologischen Rechtfertigung von Art. 82 OR bzw. dem entsprechenden § 320 BGB verschiedene Theorien entwickelt worden. Nach der vor allem von BECKER OR 82 N.2, ENNECCERUS/LEHMANN¹¹ und ERMAN¹² vertretenen Auffassung beruht das Zug-um-Zug-Prinzip auf dem *Grundsatz von Treu und Glauben*: Es ist unbillig, wenn die eine Partei ihren Erfüllungsanspruch durchsetzen will, ohne selbst zu leisten oder doch wenigstens Erfüllung anzubieten¹³; sie würde damit die Vorteile des Vertrags ausschöpfen, ohne die entsprechenden Verpflichtungen ernst zu nehmen. Nach dieser Theorie stellt also das Zug-um-Zug-Prinzip eine Konkretisierung der in BGB 157 und 242 bzw. in ZGB 2 verankerten bona fides dar^{13a}.

Eine andere Theorie, welche insbesondere von SCHLEGELBERGER¹⁴, LARENZ¹⁵ und SOERGEL/SCHMIDT¹⁶ vertreten wird, erklärt das Zug-um-Zug-Prinzip mit dem *Willen der Vertragsparteien*: Jeder Vertragspartner über-

8 Vgl. SJZ 64 1968 294: Aus der Natur des Architektenvertrags ergibt sich, dass der Architekt gegenüber dem Bauherrn vorleistungspflichtig ist. Dazu eingehend hinten § 6 C bei FN 76.

9 Vgl. dazu auch hinten § 6 C. VON TUHR/ESCHER 58 Anm. 5 erwähnen als Beispiel die Bestellung im Restaurant, bei welcher nach Verkehrssitte der Wirt vorzuleisten hat. Entgegen der Auffassung dieser Autoren handelt es sich dabei allerdings nicht um einen Kaufvertrag, sondern um einen contractus sui generis mit mietvertraglichen (Überlassung des Platzes im Restaurant) und werkvertraglichen Elementen (Zubereitung des Essens gemäss Bestellung des Gastes).

10 Vorleistungspflicht besteht nach Gesetz (OR 262 Abs. 2, 286 Abs. 2) für den Vermieter und Verpächter. In den von den Hauseigentümerverbänden herausgegebenen vorge-druckten Mietvertragsformularen für Wohnungen und Geschäftsliegenschaften wird indessen in der Regel eine Vorleistungspflicht des Mieters statuiert. Die in den Formularen enthaltene Regelung hat sich jedoch noch nicht zur Usance verdichtet. Vorleistungspflichtig ist nach Gesetz auch der Arbeitnehmer (OR 323) und der Ver-laggeber (OR 389).

10a Vgl. zum Zug-um-Zug-Prinzip auch OR 184 Abs. 2. Dazu JEANPRÊTRE 274f.

11 ENNECCERUS/LEHMANN 141.

12 ERMAN BGB 320 N.1.

13 Inwieweit blosses Angebot der Leistung genügt, wird hinten in § 6D. II erörtert.

13a TEUBNER 27; BUCHER 321; vgl. auch BGE 61 II 264 und analog zur ratio legis des dinglichen Retentionsrechts gemäss ZGB 895 OFTINGER ZGB 895 N.20.

14 SCHLEGELBERGER, Zurückbehaltungsrecht 148.

15 LARENZ I/168.

16 SOERGEL/SCHMIDT BGB 320 N.1.

nimmt seine Verpflichtung darum, weil er die Leistung der Gegenpartei erhalten will¹⁷. Beide Parteien beabsichtigen in der Regel gleichzeitigen Austausch der Leistungen; aus Sicherheitsgründen wollen sie ihre Leistungen nur Zug um Zug erbringen, um so das «Unterpfand» für die Durchsetzung der Gegenverpflichtung nicht zu verlieren.

Diese beiden Theorien widersprechen sich indessen nicht, sie ergänzen sich vielmehr¹⁸, sind gewissermassen «Kehrseite derselben Medaille»: Der von SCHLEGELBERGER, LARENZ und SOERGEL/SCHMIDT a.a.O. behauptete Parteiwille ist häufig *hypothetischer Natur*¹⁹, immer dann nämlich, wenn die Parteien mangels Voraussicht oder Interesse bei Vertragsabschluss gar nicht an die Reihenfolge der Erfüllung der gegenseitigen Verpflichtungen denken. Das Zug-um-Zug-Prinzip beruht in diesen Fällen nicht auf einem tatsächlichen Parteiwillen, sondern ergibt sich vielmehr aus dem Grundsatz von Treu und Glauben.

Vereinzelt ist in der deutschen Doktrin das Zug-um-Zug-Prinzip auch als gesetzliche Normierung einer zwischen den Vertragsparteien konkludent vereinbarten *Bedingung* verstanden worden²⁰: Die Bewirkung der Leistung des einen Vertragspartners sei eine *Suspensivbedingung* für die Entstehung der Verpflichtung der Gegenpartei. Diese Konstruktion, welche die Entstehung der eigenen Verpflichtung nicht mit dem Erwerb der Gegenforderung, sondern mit der *Erbringung* der Gegenleistung verknüpft, vermengt indessen das Entstehungs- und das Erfüllungsstadium des Vertrags und trägt so der bei Vertragsabschluss in der Regel vorliegenden Interessenlage nicht Rechnung²¹.

D. Praktische Begründung des Zug-um-Zug-Prinzips

Durch das Zug-um-Zug-Prinzip wird das funktionelle Synallagma²² durchgesetzt: In vielen Fällen verschafft die Zurückhaltung der ei-

17 «Do ut des» (vgl. LARENZ I/166 und vorne § 2 D.IV). Die Leistung bzw. Verpflichtung der einen Partei bildet Zweck bzw. causa der Leistung der Gegenpartei.

18 Vgl. dazu GRÜTER 22ff.

19 Dem entspricht die dispositive Natur von OR 82: Es steht den Parteien frei, eine Vorleistungspflicht der einen Seite zu vereinbaren. OR 82 ist aber in diesem Fall hinsichtlich der Beweislast von Bedeutung: Wer Zug-um-Zug-Leistung behauptet, braucht im Einzelfall den der Regel entsprechenden tatsächlichen Parteiwillen nicht zu beweisen; die Beweislast trifft diejenige Partei, die eine (die Ausnahme bildende) Vorleistungspflicht geltendmacht.

20 Arwed BLOMEYER: Studien zur Bedingungslehre, I. Teil (Berlin und Leipzig 1939) 105, 111ff; HÖNIGER 226ff.

21 Kritisch auch KAST 8f; GRÜTER 24f.

22 Vgl. vorne § 2 D.V.

genen Leistung der vertragstreuen Partei die Gegenleistung ohne Umweg über einen mit Kosten und Umtrieben verbundenen Prozess²³. Die eigene Leistung dient als Unterpfand für die Gegenleistung^{23a}. Das Zug-um-Zug-Prinzip entspricht daher dem Postulat einer rationalen und effizienten Rechtsordnung.

- 23 In manchen Fällen könnte im Übrigen durch Klage nur ein Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung, nicht aber Realleistung durchgesetzt werden. Dazu VON TUHR/ESCHER 86ff. Die Zurückhaltung der eigenen Leistung zwingt demgegenüber auf indirektem Weg die Gegenpartei dazu, ihre Verpflichtung vertragskonform real zu erfüllen. Richtig GRÜTER 20.
- 23a Vgl. auch BGE 49 II 461: Art. 82 bezweckt den «Schutz des einen Kontrahenten im zweiseitigen Vertrag gegen die eventuelle Nichterfüllung durch den andern Vertrags-
teil.» Ähnlich ZR 38 1939 Nr. 87 S. 195ff.

§ 4 OR 82 als Konkretisierung des Zug-um-Zug-Prinzips

A. Leistungsverweigerungsrecht der beklagten Partei

OR 82 formuliert das Zug-um-Zug-Prinzip von der Warte des Gläubigers aus betrachtet, der von der Gegenpartei Erfüllung verlangt: Um bei (vollkommen) zweiseitigen Verträgen den Schuldner zur Erfüllung zwingen zu können, muss der Gläubiger seinerseits bereits erfüllt haben, oder Erfüllung anbieten. Vom Standpunkt des Schuldners aus, der vom Gläubiger auf Erfüllung belangt wird, manifestiert sich das Zug-um-Zug-Prinzip in einem *Leistungsverweigerungsrecht*, das zur Zurückhaltung der geschuldeten Leistung berechtigt, bis die Gegenpartei ihrerseits ihre Leistungspflicht erfüllt oder wenigstens Erfüllung anbietet.

B. Rechtsnatur des Leistungsverweigerungsrechts

I. Problemstellung

Seit der gemeinrechtlichen Doktrin¹ war die Rechtsnatur dieses sich aus dem Text von OR 82 im Gegensatz zum deutschen BGB² nur mittelbar ergebenden Rechtsbehelfs streitig: Bildet die Erbringung der eigenen Leistung *materielle Voraussetzung* des Anspruchs auf die Gegenleistung, m.a.W. kann die eine Vertragspartei die Leistung der Gegenpartei nur verlangen, wenn sie behauptet (und notfalls beweist), die eigene Leistung bereits erbracht oder wenigstens angeboten³ zu haben? Oder besitzt der von der Gegenpartei auf Leistung belangte Vertragspartner nur eine prozessuale *Einrede*⁴, die Erbringung der eigenen Leistung bis zum Angebot der Gegenleistung zu verweigern? Trifft das erstere zu, gehört die Erbringung der eigenen Leistung zum *notwendigen Klagefundament* des von der Gegenpartei Leistung fordernden Vertragspartners. Ist demgegenüber die zweite Variante richtig, kann die Leistung der Gegenpartei verlangt werden, ohne dass die

1 WINDSCHEID II/319 Anm. 2; BECHMANN II/180ff.

2 BGB 320 Abs. 1.

3 Dazu eingehend hinten § 6 D.II.

4 Vgl. zum Begriff der Einrede statt aller VON TUHR/PETER 27f: Die Einrede beinhaltet im Gegensatz zur Einwendung nicht eine gegen die Existenz der klägerischen Forderung gerichtete Tatsache, sondern vielmehr eine dem Beklagten zustehende Befugnis, die an sich geschuldete Leistung aus besonderem Rechtsgrunde (z.B. ZGB 2 oder eben OR 82) zu verweigern.

Erbringung der eigenen Leistung behauptet werden muss; ist sie nicht erbracht worden, liegt es an der *Gegenpartei*, dies durch Einrede geltendzumachen⁵.

II. *Lösung: Einrede des nicht erfüllten Vertrags*

Mit Recht weisen VON TUHR/ESCHER 60 darauf hin, dass die Ausgestaltung des Leistungsverweigerungsrechts als Einrede etwas gekünstelt erscheint, da sie «dem Kläger gestattet, etwas zu verlangen, was er gegenüber der Einrede des Beklagten nicht durchsetzen kann». In der Praxis ist diese Konzeption allerdings darum von Vorteil, weil sie dem Richter Untersuchungen erspart, die in den meisten Fällen überflüssig sind: Wenn die eine Vertragspartei gegen die andere eine Forderung geltendmacht und diese sich nicht auf ein Leistungsverweigerungsrecht gemäss OR 82 beruft (Einrede), so kann in aller Regel davon ausgegangen werden, dass der Kläger seine eigene Leistung erbracht oder zumindest angeboten hat; weitere Untersuchungen über dieses Thema widersprechen dem Grundsatz der Prozessökonomie. Diese praktischen Erwägungen sind entscheidend.

Der deutsche Gesetzgeber hat sich darum in BGB 320 klar für die Rechtsfigur der Einrede entschieden⁶. Das schweizerische OR scheint demgegenüber – wenigstens nach dem Wortlaut von Art. 82⁷ – der Gegenmeinung zuzuneigen. Die Materialien schweigen⁸. Den Ausschlag geben indessen die oben erwähnten praktischen Gesichtspunkte: Doktrin und Praxis haben sich zu Recht einhellig auf den Standpunkt gestellt, dass das auf OR 82 beruhende Leistungsverweigerungsrecht als Einrede ausgestaltet ist. Die Leistungsklage der einen Vertragspartei setzt somit materiell nicht die Erbringung der eigenen Leistung voraus; die beklagte Partei muss die Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung mittels Einrede geltendmachen. Der

5 Die mittels Einrede geltendzumachende Tatsache wird vom Richter nicht von Amtes wegen berücksichtigt. Vgl. VON TUHR/PETER 29.

6 BGB 320 Abs. 1 Satz 1: «Wer aus einem gegenseitigen Verträge verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern ...» Vgl. dazu STAUDINGER/KADUK BGB 320 N.8; ENNECCERUS/LEHMANN 140f; kritisch LARENZ I/168f.

7 OR 82: «Wer bei einem zweiseitigen Vertrag den andern zur Erfüllung anhalten will, muss ... bereits erfüllt haben ...»

8 Vgl. etwa Botschaft des Bundesrates zum aOR vom 27.11.1879, Bericht der nationalrätlichen Kommission vom November 1880.

Richter darf eine allfällige Nicht- oder nicht gehörige Erfüllung seitens der klagenden Partei nicht von Amtes wegen berücksichtigen^{9/10/11}.

- 9 BECKER OR 82 N.2f; OSER/SCHÖNENBERGER OR 82 N.5f; VON TUHR/ESCHER 59f; GIGER OR 184 N.195; VON BÜREN I/464; BGE 76 II 299ff (Besprechung in ZBJV 88 1952 368); 79 II 278.
- 10 VON TUHR/SIEGWART 498f haben gestützt auf den Wortlaut von OR 213 und OR 372 die Auffassung vertreten, dass der Anspruch des Verkäufers auf den Kaufpreis und des Unternehmers auf den Werklohn erst mit Übergabe der Kaufsache bzw. Ablieferung des Werkes fällig werde, d.h. dass die eigene Leistung des Klägers in diesen Fällen materielle Voraussetzung seines Anspruchs bilde. Für den Kaufvertrag hat indessen GIGER OR 213 N.4 nachgewiesen, dass OR 213 lediglich das allgemeine Zug-um-Zug-Prinzip bekräftigt. Dasselbe gilt für OR 372.
- Auch die Rechtsprechung ist dieser Auffassung VON TUHR/SIEGWARTS nicht gefolgt (vgl. BGE 76 II/300). Die neue (3.) Auflage des «Schweizerischen Obligationenrechts» VON TUHR (VON TUHR/ESCHER 60 N.20) vermerkt zwar diese Entwicklung, enthält sich aber einer eigenen Stellungnahme. Vgl. auch JEANPRÊTRE 273.
- 11 Anders ist die Rechtslage nach herrschender Gerichtspraxis im *Rechtsöffnungsverfahren*: Legt der betreibende Gläubiger als provisorischen Rechtsöffnungstitel i.S. von SchKG 82 einen zweiseitigen Vertrag vor, so wird Rechtsöffnung nur gewährt, wenn er die Erbringung der eigenen Leistung *behauptet* und liquide beweist, sofern der betriebene Schuldner dies bestreitet und seine Einwendung nicht offensichtlich haltlos ist (vgl. BLOCHER SJZ 45 1949 184ff; ZR 52 1953 Nr. 188 S. 296ff, 77 1978 Nr. 105 S.15ff; zusammenfassend MEYER 48ff. Dass der klagende Gläubiger hier die Behauptungslast trägt, widerspricht indessen der Doktrin zu OR 82 nicht: Das Rechtsöffnungsverfahren verfolgt andere Ziele als ein Forderungsprozess: Der Rechtsöffnungsrichter hat nicht über den materiellen Bestand der erhobenen Forderungen zu entscheiden, sondern lediglich über die Vollstreckbarkeit des vorgelegten Rechtsöffnungstitels bzw. über die Beseitigung eines offensichtlich unberechtigten Rechtsvorschlags. Die für den ordentlichen Forderungsprozess entwickelten materiellrechtlichen Grundsätze sind nur anwendbar, soweit das Betreibungsrecht nichts Abweichendes statuiert.

§ 5 Synallagmatischer Vertrag und Synallagma der einzelnen Forderungen

A. Im Allgemeinen

I. Hauptpflichten, primäre und sekundäre Nebenpflichten

Ein Hauptmerkmal der vollkommen zweiseitigen Verträge ist die enge genetische und funktionale Abhängigkeit der beidseitigen Leistungen¹, welche die teleologische Rechtfertigung der Einrede des nicht erfüllten Vertrags bildet. Aber auch bei ihnen entsteht dieses zum Zug-um-Zug-Prinzip bzw. zur Einrede führende besondere Abhängigkeitsverhältnis nicht bezüglich sämtlicher Verpflichtungen der beiden Parteien, sondern nur, soweit sich zwei Forderungen gegenüberstehen, die «gegenseitig derart aufeinander Bezug haben, dass die eine die Gegenleistung für die andere ist» (BGE 84 II 150)², die also gegeneinander ausgetauscht werden, m.a.W. zueinander im Synallagma stehen³. Das trifft in der Regel⁴ für die den Charakter eines Vertrages prägenden *typischen Hauptpflichten* zu, aber auch für diejenigen Nebenpflichten⁵, die nach dem gestützt auf die Vertragsfreiheit massgebenden Parteiwillen in das Austauschverhältnis aufgenommen worden sind⁶. Welche Pflichten im konkreten Fall synallagmatischer Natur sind und sich also im beschriebenen genetischen und funktionalen Abhängigkeitsverhält-

1 Vgl. BGE 67 II 126.

2 Vgl. auch BGE 44 II 74, 67 II 126.

3 Gleich VON TUHR/ESCHER 63; VON BÜREN I/466; BECKER OR 82 N.7; für das deutsche Recht u.a. STAUDINGER/KADUK BGB 320 N.1; eingehend KAST 24ff.

4 Anders liegen die Verhältnisse bspw. häufig bei *zusammengesetzten* und bei *gemischten Verträgen*: Die Hauptpflichten gehören hier häufig zu *verschiedenen Leistungspaaren*. Die in BGE 67 II 126 erwähnte genetische und funktionale Abhängigkeit besteht dabei meist nur innerhalb der einzelnen Leistungspaare, aber nicht zwischen ihnen. (Vgl. dazu auch hinten sub. lit. B.II.4 zum Alleinverkaufsvertrag). – Aber auch zusammengesetzte Verträge können synallagmatisch miteinander verknüpfte Verpflichtungen beinhalten. Vgl. bspw. den dem Entscheid SJZ 51 1955 265 zugrundeliegenden Sachverhalt: Die Verpflichtung des Bauunternehmers A, bei B Kolonialwaren zu beziehen, bildet eine (Teil)-Gegenleistung für den ihm von diesem erteilten Bauauftrag.

5 Es muss zwischen *primären* und *sekundären Nebenpflichten* unterschieden werden: Die die Durchsetzung der Hauptpflichten *mittelbar* sichernden primären Nebenpflichten können durch den Gläubiger selbständig klageweise durchgesetzt werden, während die sekundären Nebenpflichten *einzig* der Sicherung des Hauptanspruchs dienen und nicht selbständig eingeklagt werden können (vgl. GUHL/MERZ/KUMMER 41; GIGER OR 184 N.48).

6 Nach der von KAST 25 Anm. 103 vertretenen Auffassung werden Nebenpflichten, welche in das Austauschverhältnis aufgenommen werden, zu Hauptpflichten. Das ist nach der oben in FN 5 angeführten Umschreibung der Nebenpflichten nicht richtig; es sind sehr wohl Nebenpflichten denkbar, die zum Synallagma gehören. Gl.M. GUHL/MERZ/KUMMER 48.

nis befinden, kann daher nicht generell bestimmt werden, sondern ergibt sich durch *Auslegung der gegenseitigen Willensäusserungen* nach den Regeln des Vertrauensprinzips⁷. Ein auf allgemeinen Erwägungen beruhender Katalog der bei den einzelnen Vertragstypen zum Synallagma gehörenden Vertragspflichten hat daher nur die Funktion eines Hilfsmittels der Auslegung und vermag diese nicht zu ersetzen. In diesem Sinne sind die sub. lit. B folgenden Ausführungen über die gegenseitigen Pflichten bei den wichtigsten Veräusserungsverträgen zu verstehen.

II. Ersatzpflichten

Werden die Vertragspflichten der Parteien nicht oder nicht gehörig erfüllt, so entstehen als Rechtsfolge der Vertragsverletzung *Ersatzpflichten*, die – soweit sie an die Stelle vertraglicher Leistungspflichten treten oder diese ergänzen – auch am ursprünglichen Synallagma teilhaben. Dazu gehört bspw. die Schadenersatzpflicht des im Verzug befindlichen Schuldners, sofern der Gläubiger gemäss OR 107 Abs. 2 auf dessen Leistung verzichtet und unter Aufrechterhaltung des Vertrags im Sinne der Austauschtheorie das positive Vertragsinteresse geltendmacht⁸. Das ursprüngliche Synallagma der beidseitigen Leistungspflichten besteht in diesem Falle weiter⁹. Ähnlich ist die Rechtslage, wenn der Gläubiger bei Verzug des Schuldners auf nachträglicher Vertragserfüllung nebst Ersatz des Verspätungsschadens beharrt: Die Verpflichtung des säumigen Schuldners, den Verspätungsschaden zu ersetzen, ergänzt die ursprüngliche vertragliche Leistungspflicht und gehört somit ebenfalls zum Synallagma^{9a}.

Führt die nicht gehörige Erfüllung zu einer ex tunc wirkenden Auflösung des Vertrags, so entsteht ein *Abwicklungsverhältnis*¹⁰, innerhalb dessen sich ebenfalls synallagmatisch miteinander verknüpfte gegenseitige Verpflichtungen herauskristallisieren lassen. Das kann bspw. beim Rücktritt

7 Zur Vertragsauslegung SCHÖNENBERGER/JÄGGI OR 1 N.240ff. Unzutreffend ist es, wenn GUHL/MERZ/KUMMER 48 behaupten, primäre Nebenpflichten ständen mit der hauptsächlichen Gegenleistung «in der Regel» nicht im Austauschverhältnis. Das kommt auf die konkrete Interessenlage an. Richtig ist demgegenüber die Behauptung derselben Autoren (S. 48), die Verletzung sekundärer Nebenpflichten bedeute auch eine Verletzung der Hauptpflicht und führe so zur Heranziehung von OR 82. Dabei handelt es sich aber nur um einen *mittelbaren* Zusammenhang mit dem vertraglichen Synallagma.

8 Dazu vorne § 2 FN 98.

9 Vgl. analog hinten S. 53.

9a Es entspricht der durch OR 82 sanktionierten Interessenlage, dass der Gläubiger bei Verzug des Schuldners seine eigene Gegenleistung erst aus der Hand geben muss, wenn er neben der nachträglichen Leistung des Schuldners auch Ersatz des eingetretenen Verspätungsschadens erhält. Vgl. dazu auch WEBEL 30.

10 Vgl. LESER 150ff.

vom Vertrag gestützt auf OR 109¹¹ oder bei der Wandelung des Kaufvertrags gemäss OR 205 in Verbindung mit OR 208¹² der Fall sein.

Nach dem Gesetzeswortlaut gilt OR 82 nur für den (vollkommen) zweiseitigen Vertrag¹³. Angesichts der identischen Interessenlage vertritt die herrschende Lehre jedoch mit Recht die Auffassung, dass OR 82 auf Abwicklungsverhältnisse analog angewendet werden muss¹⁴: Bei einem Rücktritt vom Vertrag oder bei einer Wandelung sind die beidseitigen Leistungen Zug um Zug zurückzuerstatten¹⁵.

B. Bei den einzelnen Veräusserungsverträgen

I. Kaufvertrag

1. Hauptpflichten

Die gesetzlichen *Hauptpflichten* der Parteien, die notwendigerweise zum Synallagma gehören, sind in OR 184 umschrieben: Besitz- und Eigentumsverschaffungspflicht auf Seiten des Verkäufers, die Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises auf Seiten des Käufers¹⁶. OR 211 erwähnt als weitere «Verpflichtungen» des Käufers die «Annahme» sowie die «Empfangnahme» der vom Verkäufer vertragsgemäss abgelieferten Kaufsache. GIGER¹⁷ hat nachgewiesen, dass unter «Annahme» die zumindest vorläufige¹⁸ Annahme als Erfüllung zu verstehen ist (Korrelat der Eigentumsverschaffungspflicht), während «Empfangnahme» die tatsächliche Entgegennahme der Kaufsache mit dem Willen, daran Besitz zu begründen, bedeutet¹⁹ (Korrelat der Besitzverschaffungspflicht). Grundsätzlich haben sowohl Annahme als auch Empfangnahme bloss Obliegenheitscharakter²⁰ und gehören somit auch nicht

11 Sind aufgrund des vollkommen zweiseitigen Vertrags von den Parteien bereits Leistungen erbracht worden, so müssen diese Zug um Zug zurückerstattet werden. Massgebend sind die Regeln über die Vindikation und subsidiär über die Ungerechtfertigte Bereicherung (OR 62ff).

12 Vgl. hinten § 11 F.

13 Dazu vorne S. 23.

14 VON TUHR/ESCHER 58 Anm. 8. Das deutsche Recht verweist in BGB 348 für die Rückabwicklung ausdrücklich auf das Zug-um-Zug-Prinzip (BGB 320). Vgl. STAUDINGER/KADUK Vorbem. zu BGB 320 N.10; LESER 210ff.

15 Vgl. zur Begründung auch eingehend hinten § 11 F.

16 Dazu GIGER OR 184 N.16ff, 77ff, 155ff.

17 GIGER OR 211 N.19ff.

18 Vorbehalten bleiben die Rechtsbehelfe gemäss OR 97ff und 197ff. Vgl. GIGER OR 211 N.20.

19 GIGER OR 211 N.26ff.

20 GIGER OR 211 N.21ff, 29ff.

zum Synallagma²¹. Die Parteien können diese aber nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit im Einzelfall auch als eigentliche Rechtspflichten (Hauptpflichten oder Nebenpflichten) ausgestalten, wenn die konkrete Interessenlage dies erfordert²², so bspw. beim Verkauf eines Hauses auf Abbruch, von Holz auf dem Stamm, von Schutt, von Massengütern²³, also in Fällen, bei welchen dem Verkäufer neben der Zahlung des Kaufpreises auch an der Wegschaffung der Kaufsache gelegen ist. Diesfalls gehört die Pflicht zur Empfangnahme der Kaufsache meist (aber nicht immer) zu der für den Verkäufer massgebenden causa des Vertrags²⁴ und somit zum Synallagma.

2. *Primäre und sekundäre Nebenpflichten*

Die Hauptpflichten des Verkäufers und des Käufers werden durch zahlreiche *primäre* und *sekundäre Nebenpflichten* ergänzt: Offenbarungspflichten²⁵, Obhutspflichten²⁶, Beschaffungspflichten²⁷, Mitwirkungspflichten²⁸ und Unterlassungspflichten²⁹. Abgesehen von den in FN 29 erwähnten

- 21 Ein Synallagma zwischen Rechtspflichten und Obliegenheiten ist rechtslogisch undenkbar: Ein Gegenseitigkeitsverhältnis kann nur zwischen den funktional (Pflichtcharakter) sich entsprechenden Rechtspflichten bestehen. Obliegenheiten haben bekanntlich eine völlig andere Funktion als Pflichten: Sie bilden Voraussetzung für die Ausübung eines Rechtes.
- 22 GIGER OR 211 N.35f; STAUDINGER/OSTLER BGB 433 N.147.
- 23 Vgl. GIGER OR 211 N.36.
- 24 Vgl. vorne S. 30.
- 25 Der Verkäufer hat den Käufer bspw. gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben über Mängel der Kaufsache aufzuklären (*sekundäre Nebenpflicht*), wenn diese besonders krass sind, wenn er mit ihm in einem engen Vertrauensverhältnis steht (Stammkunde) oder vertraglich zur Auskunfterteilung verpflichtet ist usw. Vgl. dazu GIGER OR 184 N.52ff, OR 199 N.35ff.
- 26 Der Verkäufer muss die verkaufte Sache bis zur Übergabe sorgfältig behandeln und verwahren (*sekundäre Nebenpflicht*), so bspw. dem verkauften Pferd bis zum Besitzwechsel die notwendige Bewegung und Pflege verschaffen (vgl. GIGER OR 184 N.55). OR 204 statuiert eine Obhutspflicht des Käufers: Bei Beanstandung der von einem andern Orte übersandten Sache hat der Käufer «für deren einstweilige Aufbewahrung zu sorgen». Diese Nebenpflicht ist unabhängig von der Kaufpreiszahlung durchsetzbar und daher *primärer Natur*.
- 27 Die Beschaffungspflichten des Verkäufers dienen der Ermöglichung der Besitzverschaffung (Beschaffung von Ursprungszeugnissen, Transportbegleitpapieren, Beweismitteln, behördlichen Bewilligungen etc, vgl. dazu GIGER OR 184 N.56, 123ff; SOERGEL/SIEBERT/BALLERSTEDT BGB 433 N.72) und sind daher grundsätzlich *sekundärer Natur*.
- 28 Die Übertragung von Besitz und Eigentum an der Kaufsache auf den Käufer ist nur möglich, wenn der Verkäufer die nach Gesetz, Vertrag oder Treu und Glauben erforderlichen *Mitwirkungspflichten* erfüllt: Messen und Wägen (OR 188), bei Gattungsware Ausscheiden der Kaufsache usw. Vgl. GIGER OR 184 N.57. Es handelt sich also dabei um *sekundäre Nebenpflichten*.
- 29 Der Verkäufer hat alles zu unterlassen, was den Leistungserfolg vereiteln könnte. Er darf darum die Kaufsache vor der Übergabe an den Käufer nicht an einen Dritten weiterveräußern oder belasten. Da es sich bei dieser Unterlassungspflicht um die

Konkurrenzverboten gehören diese Pflichten in der Regel *nicht* zum Synallagma. Ihre Nichterfüllung vereitelt aber meist auch die gehörige Erfüllung der vertraglichen Hauptpflichten und kann daher *mittelbar* zur Begründung einer Einrede des nicht erfüllten Vertrags führen.

II. *Besondere Formen der Veräußerungsverträge*

1. *Allgemeines*

Nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit haben es die Parteien in der Hand, besondere Arten von Veräußerungsverträgen zu vereinbaren, die mehr oder weniger stark vom Grundtypus – dem Kaufvertrag – abweichen. Dabei bleibt aber stets das Endziel *Umsatz*, sodass die vorne S. 42ff dargelegten Erwägungen über die Haupt- und Nebenpflichten beim Kaufvertrag im Wesentlichen auch auf sie übertragen werden können. Im Folgenden soll das Synallagma bei den wichtigsten Veräußerungsverträgen besonderer Art behandelt werden: beim Sukzessivlieferungsvertrag, beim Abzahlungskauf und – als Beispiel eines zusammengesetzten Vertrags mit wichtigen veräußerungsvertraglichen Elementen – beim Alleinverkaufsvertrag.

2. *Sukzessivlieferungsvertrag*

Der Sukzessivlieferungsvertrag³⁰ ist ein Veräußerungsvertrag *sui generis*, bei welchem sich der Verkäufer verpflichtet, die Kaufsache in einzelnen zeitlich gestaffelten Raten zu liefern³¹. Der Käufer verpflichtet sich dabei entweder, jeweils die einzelnen Lieferungen des Verkäufers Zug um Zug zu bezahlen, oder aber zur Prae- oder Postnumerandozahlung für die ganze Gegenstand des Vertrages bildende Kaufsache. Ist Zahlung der einzelnen Lieferungen vereinbart, lässt sich der Sukzessivlieferungsvertrag in eine Anzahl von Leistungspaaren (Teillieferung gegen Teilzahlung) unterteilen³². Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts bezieht sich

«blosse Kehrseite der Leistungsobligation» (GIGER OR 184 N.133) handelt, ist sie nicht selbständig einklagbar, d.h. also *sekundärer Natur* (vgl. GIGER OR 184 N.133, MERZ ZGB 2 N.262).

Primärer Natur sind die über den Zeitpunkt der Besitz- und Eigentumsverschaffung hinaus wirkenden Unterlassungspflichten, so bspw. ein auf Parteivereinbarung oder Treu und Glauben beruhendes Konkurrenzverbot. Vgl. GIGER OR 184 N.134; MERZ ZGB 2 N.263; STAUDINGER/OSTLER BGB 433 N.120.

30 Vgl. dazu insbesondere Hans HÜRLIMANN: Der Sukzessivlieferungs-Kaufvertrag (Diss. Bern 1940).

31 Im Gegensatz zum Abzahlungsvertrag befindet sich die massgebliche Ratenverpflichtung auf der *Verkäuferseite*.

32 Vgl. VON BÜREN I/466.

aber das Synallagma des Sukzessivlieferungsvertrags dennoch auf sämtliche Raten des Verkäufers einerseits und den gesamten Kaufpreis andererseits^{33/34}. Das ist darum richtig, weil der Sukzessivlieferungsvertrag nicht bloss die gestaffelte Lieferung mehrerer selbständiger Kaufsachen³⁵, sondern die Teillieferung eines nach dem Parteiwillen als *Gesamtheit* behandelten Kaufgegenstands betrifft³⁶.

3. Abzahlungskauf

Der Abzahlungsvertrag «verpflichtet zum Austausch von Sach- bzw. Arbeitsleistung samt Kreditieren des Objektswertes gegen periodische Abzahlungen»³⁷. Im Gegensatz zum Sukzessivlieferungsvertrag befindet sich die den Vertrag prägende Ratenverpflichtung auf der Seite des Abzahlungsschuldners, beim Abzahlungskauf – dem Prototyp des Abzahlungsvertrags – also auf Seiten des Käufers.

Beim Abzahlungsvertrag bezieht sich das Synallagma analog wie beim Sukzessivlieferungsvertrag auf die gesamte Hauptverpflichtung des Ratengläubigers einerseits³⁸ und sämtliche Raten (inklusive Anzahlung) andererseits. Während sich aber beim Sukzessivlieferungsvertrag darüber hinaus auch ein Synallagma bei den einzelnen Zug um Zug ausgetauschten Teilleistungen feststellen lässt, besteht diese charakteristische Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung beim Abzahlungsvertrag *nur bezüglich des Leistungstotalts*³⁹. In der Regel kommt es hier ja auch nicht zum Austausch

33 BGE 84 II 149f; 52 II 137ff; a.M. GUHL/MERZ/KUMMER 305, welche die Einrede des nicht erfüllten Vertrags grundsätzlich nur bezüglich der einzelnen Leistungspaare zulassen, es sei denn, dass im Verhalten der säumigen Partei eine Vertragsgefährdung zu erblicken wäre. Vgl. auch VON BÜREN I/465ff, der eine *analoge* Anwendung von OR 82 über den Rahmen der einzelnen Leistungspaare hinaus befürwortet.

34 Vgl. dazu auch eingehend hinten § 6 C. III.

35 Es würde sich diesfalls um zwar formell miteinander verbundene, materiell aber selbständige Kaufverträge handeln. Vgl. dazu analog BGE 44 II 72ff: A bestellte bei B 15 Fass Montagnerwein und 5 Fässer Alicante, lieferbar sofort. Einige Tage später teilte B dem A mit, er könne zwar den Alicante liefern, den Montagner aber erst später. A bat um die Lieferung des Alicante, ohne bezüglich des Montagners einen Vorbehalt zu machen, verweigerte aber nach der Lieferung die Zahlung, bis er auch den Montagner erhalten haben werde. Das Bundesgericht beurteilte die Rechtslage wie folgt: «(Es) ergibt sich, dass die Vorinstanz zu Unrecht den Art. 82 zur Anwendung gebracht hat. Zwar wurden die beiden Weinlieferungen in einem Vertragsakt und mit gleicher Lieferzeit abgemacht, allein ein innerer Zusammenhang zwischen ihnen fehlt ... Es handelt sich um zwei verschiedene Kaufgegenstände, die ebensogut in zwei selbständigen Verträgen hätten verkauft werden können ...» (BGE 44 II 74f).

36 Vgl. HÜRLIMANN (zit. vorne FN 30)5.

37 GIGER, Abzahlungsrecht 133.

38 Bspw. beim Abzahlungskauf Lieferung der Kaufsache, beim Fernkursvertrag Lieferung des Kursmaterials (veräusserungsvertragliche Komponente) und Korrekturen usw.

39 GIGER, Abzahlungsrecht 133.

von Teilerfüllungshandlungen. Die Ratenverpflichtung ist einseitig. Den Abzahlungsvertrag prägt die typische «*Stotterkreditierung*», m.a.W. die Vereinbarung einer *Vorleistung* des Ratengläubigers gegen periodische Abzahlungen des Ratenschuldners. So liefert der Abzahlungsgläubiger beim Abzahlungskauf dem Ratenschuldner *zum Voraus*⁴⁰ die Kaufsache, deren Gegenwert dieser dann nachher mit einzelnen Teilzahlungen abstottern muss.

Ein Austausch von Teilleistungen kommt nur in Sonderfällen vor, so bspw. beim Fernkursvertrag, sofern der Kursgeber seine Leistungen periodisch erbringt, oder beim Kauf eines mehrbändigen Buchwerkes, wenn der Käufer Zug um Zug gegen die periodisch gelieferten Bände jeweils einen bestimmten Bruchteil seiner Gesamtschuld zu bezahlen hat. Aber auch in diesen Fällen bezieht sich das Synallagma bloss auf das Leistungstotal; «der periodische Austausch von Teilerfüllungshandlungen ist nicht wesensbedingt»⁴¹. Die Zug um Zug zu leistenden Zahlungen bilden keineswegs das wertmässige Äquivalent der einzelnen Lieferungen; es handelt sich vielmehr um Teilzahlungen zwecks Tilgung einer Gesamtschuld, die rein rechnungsmässig in einzelne Raten aufgeteilt worden ist. Die Lieferung der Sachleistung in Raten hat hauptsächlich Sicherungscharakter und erfolgt somit allein im Interesse des Abzahlungsgläubigers⁴².

4. *Alleinverkaufsvertrag*

Der «Alleinverkaufsvertrag» ist ein vollkommen zweiseitiger zusammengesetzter Vertrag *sui generis*, für den *zwei verschiedene Leistungs-paare* typisch sind: Im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen einerseits die Pflicht des Lieferanten, dem Alleinverkäufer das Vertragsgebiet zur alleinigen Bearbeitung zu überlassen bzw. dorthin weder direkt noch indirekt unter Umgehung desselben zu liefern und die Pflicht des Alleinverkäufers, in dem ihm zugewiesenen Gebiet den Absatz zu fördern. In einer Austauschrelation befinden sich andererseits auch die Pflicht des Lieferanten zur Warenlieferung und die des Alleinverkäufers, die bezogenen Waren zu bezahlen⁴³. Das zweite Leistungspaar hat also umsatzvertraglichen Charakter.

Wie vorne S. 40 dargelegt wurde, ist die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung⁴⁴ nur zulässig, wenn sich innerhalb des vollkommen zweiseitigen Vertrags zwei Forderungen gegen-

40 Gemäss OR 226 d Abs. 1 ist jedoch spätestens bei der Übergabe der Kaufsache eine Anzahlung von mindestens einem Fünftel des Barkaufpreises zu leisten.

41 GIGER, Abzahlungsrecht 133.

42 GIGER, Abzahlungsrecht 94.

43 BGE 78 II 34; ZR 31 1932 Nr. 192 S. 366ff; vgl. VON BÜREN I/466.

44 BGE 84 II 150; vgl. auch BGE 67 II 126.

überstehen, die «gegenseitig derart aufeinander Bezug haben, dass die eine die Gegenleistung für die andere ist». Das trifft beim Alleinverkaufsvertrag nur innerhalb der Leistungspaare, *nicht* aber zwischen ihnen zu: Die Kaufpreiszahlung bspw. bildet nicht Gegenleistung für die Überlassung des Vertragsgebietes zur alleinigen Bearbeitung. Verletzt daher der Lieferant die Verpflichtung, nicht unter Umgehung des Alleinverkäufers ins Vertragsgebiet zu liefern, so ist dieser *nicht* berechtigt, gestützt auf OR 82 als Retorsionsmassnahme die Kaufpreiszahlung für bezogene Waren zu verweigern⁴⁵.

45 Gl.M. VON BÜREN I/466; ZR 31 1932 Nr. 192 S. 366ff.

§ 6 Voraussetzungen der Einrede des nicht erfüllten Vertrags

A. Bestand einer Verpflichtung des belangten Schuldners

I. *Keine Einrede des nicht erfüllten Vertrags bei Bestreitung der eigenen Leistungspflicht*

Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags setzt voraus, dass überhaupt eine fällige Leistungspflicht des belangten Schuldners besteht. Wird diese bestritten, so ist für die Einrede kein Platz¹. Eine Berufung auf das Zug-um-Zug-Prinzip, das OR 82 zugrundeliegt, wäre in diesem Falle ja sinnlos. Das gilt etwa, wenn der Beklagte das Zustandekommen eines Vertrags zwischen den Parteien bestreitet oder behauptet, die beidseitigen Verpflichtungen seien wegen Willensmängeln ex tunc dahingefallen^{1a}; ebenso, wenn sich der Beklagte darauf beruft, die von ihm geforderte Leistung bereits erbracht zu haben, wenn er die Verrechnungseinrede erhebt oder Erlass geltendmacht, wenn er den Nichteintritt einer Suspensivbedingung behauptet, oder wenn er einwendet, nicht gegenüber dem Kläger, sondern gegenüber einem Dritten verpflichtet zu sein. Alle diese Einwendungen haben mit der Frage der Gegenleistung nichts zu tun; sie richten sich gegen den *Bestand* der geltendgemachten Forderung und wären auch zulässig, wenn der Beklagte vom Kläger bereits die Gegenleistung erhalten hätte². Wird demgegenüber vorbehaltlos³ die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erhoben, so bedeutet dies nach dem Vertrauensprinzip grundsätzlich eine Anerkennung der eigenen Leistungspflicht⁴; der Schuldner erklärt sich konkludent bereit, die geforderte Leistung zu erbringen, sobald er die ihm gemäss Vertrag zustehende Gegenleistung erhält.

1 Selbstverständlich ist es allerdings möglich, prozessual als Hauptstandpunkt Einwendungen gegen die Existenz der behaupteten Forderung und als *Eventualstandpunkt* die Einrede des nicht erfüllten Vertrages geltendzumachen.

1a Vgl. SJZ 69 1973 190.

2 Richten sich die Einwendungen des Beklagten gegen die Gültigkeit des Vertrags, so müsste die bereits empfangene Gegenleistung allerdings nach den Vorschriften über die Vindikation oder allenfalls die Kondiktion (OR 62ff) zurückerstattet werden.

3 D.h. als Hauptstandpunkt, nicht bloss als Eventualstandpunkt.

4 GRÜTER 59f.

II. Keine Einrede des nicht erfüllten Vertrags bei Rücktritt gemäss OR 109

Die Berufung auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages ist ebenfalls ausgeschlossen, wenn der Beklagte gestützt auf OR 107ff wegen nicht rechtzeitiger Erbringung der Gegenleistung die eigene Leistung verweigert⁵ oder gar vom Vertrag zurücktritt⁶. Auch diese Rechtsbehelfe richten sich gegen die Existenz der vom Kläger behaupteten Forderung.

Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags dient der Durchsetzung des Zug-um-Zug-Prinzips. Es liegt daher auf der Hand, dass sie nicht mehr geltendgemacht werden kann, wenn der Gegenstand der Verpflichtung – sei es freiwillig oder durch Zwangsvollstreckung – bereits auf die Gegenpartei übergegangen ist. Zug-um-Zug-Leistung ist in diesem Fall ja nicht mehr möglich⁷. Eine Rückforderung der bereits erbrachten Leistung wegen Ausbleibens der Gegenleistung kann nur bei Rücktritt vom Vertrag wegen Schuldnerverzugs⁸, nicht aber gestützt auf OR 82 verlangt werden⁹.

Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags lebt auch nicht etwa wieder auf, wenn der bereits auf den Gläubiger übergegangene Leistungsgegenstand aus irgendeinem Grunde wieder in den Besitz des Schuldners zurückkehrt, so bspw., wenn der Käufer das ihm bereits übergebene, aber noch nicht vollständig bezahlte Auto dem Autohändler zu einer Reparatur zurückbringt¹⁰. Denn da die Leistung bereits erbracht worden ist, lässt sich auch in diesem Fall das Zug-um-Zug-Prinzip nicht mehr durchsetzen; wenn im genannten Beispiel das bereits dem Käufer übergebene Auto wieder in den Besitz des Autohändlers zurückkehrt, so geschieht dies aufgrund eines neuen Vertrags, dessen Verpflichtungen mit den Verpflichtungen des ersten Vertrags nicht im Austauschverhältnis stehen. In der Doktrin wird ja auch in parallel gelagerten Fällen das Wiederaufleben eines dinglichen Retentionsrechtes (ZGB 895) bezweifelt¹¹. Der Autohändler darf also im erw. Beispiel dem Kunden die Aushändigung des Autos nicht mit der Begründung verweigern, der seinerzeit vereinbarte Kaufpreis sei noch nicht vollständig beglichen.

5 Gemäss der Differenztheorie; vgl. dazu vorne § 2 FN 98 und GIGER OR 215 N.26ff sowie die dort zitierte Literatur.

6 Analog für das deutsche Recht RGZ 58/176, 69/383; STAUDINGER/KADUK BGB 320 N.4; GRÜTER 59.

7 Vgl. für das deutsche Recht RGZ 109/105ff.

8 OR 109.

9 Anders für das gemeine Recht WINDSCHEID II/326f Anm. 10a.

10 Das Beispiel wird bei GRÜTER 63 erwähnt; es ist in der französischen Rechtsprechung behandelt worden.

11 Vgl. STAUDINGER/KOBER BGB 647 N.3e und OFTINGER ZGB 895 N.179, der davon spricht, dass eventuell ein *neues* Retentionsrecht (Hervorhebung durch mich) entsteht, sofern die Voraussetzungen von ZGB 895 erneut erfüllt sind.

B. Bestand einer fälligen Gegenforderung des belangten Schuldners

I. Bestand einer Gegenforderung

1. Grundsätzliches

Wie vorne in § 4 dargelegt, dient die Einrede des nicht erfüllten Vertrags der Durchsetzung des Zug-um-Zug-Prinzips bei vollkommen zweiseitigen Verträgen. Es ist offensichtlich, dass die Einrede nicht besteht, wenn der belangte Schuldner gegenüber dem klagenden Gläubiger gar keine Gegenforderung besitzt; in diesem Fall fehlt es an beidseitigen Leistungen, die gegeneinander ausgetauscht werden könnten.

Nach den allgemeinen Regeln über die Verteilung der Beweislast¹² obliegt es dem die Einrede erhebenden Schuldner, die behauptete Gegenforderung zu beweisen¹³. Zu seinem Beweisthema gehört nicht nur der Nachweis, dass er gegenüber dem Kläger eine *Forderung* besitzt, sondern auch die Tatsache, dass diese zu dem vom Kläger geltendgemachten Anspruch im *Gegenseitigkeitsverhältnis* steht.

Die Begründung einer Gegenforderung ist ohne weiteres beweisbar, wenn der Kläger sich zum Nachweis seines eigenen Anspruchs auf einen typischen vollkommen zweiseitigen Vertrag beruft¹⁴ und der Beklagte seine Einrede auf eine vertragliche Hauptpflicht des Klägers stützt¹⁵. Größere Beweisschwierigkeiten können sich ergeben, sofern das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis zu einem Vertragstypus gehört, der nicht notwendig vollkommen zweiseitiger Natur ist, oder gar einen gesetzlich nicht geregelten Innominatkontrakt darstellt: Der die Einrede erhebende Schuldner hat zu beweisen, dass der betreffende Vertrag ein Synallagma beinhaltet¹⁶. Ebenso kann der Beweis der Begründung einer Gegenforderung auf Schwierigkeiten stossen, wenn der Schuldner sich nicht auf

12 ZGB 8. Vgl. dazu insbesondere MAX GULDENER: Beweiswürdigung und Beweislast 26ff und KUMMER ZGB 8 N.112ff. sowie hinten § 10.

13 Gl.M. BECKER OR 82 N.27 und OSER/SCHÖNENBERGER OR 82 N.7; a.M. KUMMER ZGB 8 N.271: Der Kläger, der einen einseitigen Vertrag und damit das Fehlen einer Gegenforderung behauptet, trage die Beweislast. KUMMER begründet seine von der herrschenden Lehre abweichende Auffassung mit dem Hinweis, der belangte Schuldner bestreite durch Erhebung der Einrede diesfalls den vom Kläger behaupteten einseitigen Vertrag und damit den von ihm geltendgemachten «rechtserzeugenden Tatbestand». Das ist indessen nicht richtig: Als «rechtserzeugenden Tatbestand» muss der Kläger lediglich die Verpflichtung des Beklagten und nicht auch das Fehlen einer Gegenverpflichtung behaupten und beweisen.

14 Z.B. Kauf, Tausch, Miete.

15 Hauptpflichten gehören bei vollkommen zweiseitigen Verträgen grundsätzlich zum Synallagma, vgl. vorne § 5 A.I.

16 Das kann bspw. beim Darlehen, beim Auftrag oder bei der Hinterlegung strittig sein: Der Darleiher, der Beauftragte, der Verwahrer haben zu beweisen, dass im konkreten Fall ein *Engelt* vereinbart worden ist.

eine Hauptpflicht, sondern auf eine vertragliche Nebenpflicht des Klägers beruft: Nach dem vorne S. 40f. Gesagten muss deren Zugehörigkeit zum Synallagma aufgrund der Umstände des konkreten Einzelfalls nachgewiesen werden.

Aus der teleologischen Verknüpfung der Einrede des nicht erfüllten Vertrags mit dem Zug-um-Zug-Prinzip ergibt sich auch, dass der Schuldner keine Einrede besitzt, wenn seine Gegenforderung infolge des Nichteintritts einer Suspensivbedingung noch nicht rechtswirksam geworden oder gestützt auf eine Resolutivbedingung dahingefallen ist. Nach den allgemeinen Beweislastverteilungsregeln gehören die Vereinbarung der Bedingung sowie im Fall der Resolutivbedingung deren Eintritt zum Beweisthema des Klägers (bzw. Schuldners der Gegenforderung), während umgekehrt der die Einrede erhebende Beklagte den Eintritt einer die Gegenforderung betreffenden Suspensivbedingung beweisen muss¹⁷.

Der klagende Gläubiger ist auch beweispflichtig, wenn er behauptet, die vom Schuldner geltendgemachte Gegenforderung sei bereits untergegangen, so bspw. infolge Erfüllung, Erlass oder Verrechnung¹⁸.

2. *Das Problem der nachträglichen Unmöglichkeit der Gegenforderung*

a. *Allgemeines*

Wird die Erfüllung der dem beklagten Schuldner zustehenden Gegenforderung aus einem nach Vertragsabschluss eingetretenen Grunde unmöglich, so entstehen unterschiedliche Rechtsfolgen, je nachdem, ob die Unmöglichkeit durch den Kläger (bzw. den Schuldner der Gegenleistung) verschuldet worden ist, oder ob umgekehrt dieser Vorwurf den Beklagten (bzw. Gläubiger der Gegenleistung) trifft, oder ob die nachträgliche Unmöglichkeit auf ein zufälliges Ereignis¹⁹ zurückzuführen ist.

b. *Zufällige Unmöglichkeit der Erfüllung der Gegenleistung*

Ist die Gegenforderung durch Zufall unmöglich geworden, so sind im Normalfall gemäss OR 119 Abs. 1 und 2 die beidseitigen Forderungen er-

17 Gl.M. KUMMER ZGB 8 N.261, 265; a.M. aber hinsichtlich der Suspensivbedingung GULDENER, Beweismündigung und Beweislast 66, VON TUHR/ESCHER 263. Die abweichende Auffassung GULDENERS und VON TUHR/ESCHERS trägt dem Umstand zu wenig Rechnung, dass der Eintritt einer Suspensivbedingung eine rechtbegründende Tatsache darstellt.

18 Es handelt sich dabei ja um rechtsvernichtende Tatsachen (vgl. KUMMER ZGB 8 N.160ff.).

19 Zum Begriff des «Zufalls» GIGER OR 185 N.7: «Zufall» ist ein Umstand, den keine der Vertragsparteien zu vertreten hat». Vgl. auch STAUDINGER/KADUK BGB 323 N.6.

löschen. Für die Einrede des nicht erfüllten Vertrags besteht kein Raum mehr²⁰, da keine der beiden Vertragsparteien zu einer Leistung verpflichtet ist. Die Zielsetzungen der Einrede – Verwirklichung des Zug-um-Zug-Prinzips, Sicherung der Gegenforderung des Beklagten – sind ja unter diesen Umständen gegenstandslos.

Trägt «nach Gesetzesvorschrift oder nach dem Inhalt des Vertrages» (OR 119 Abs. 3) der Beklagte die Gefahr für die zufällige Unmöglichkeit der Erfüllung der ihm zustehenden Gegenleistung, so wird nur der Kläger von seiner Leistungspflicht befreit, während jener nach wie vor gebunden bleibt (OR 119 Abs. 3^{21/22}). Da dem Beklagten also kein Gegenanspruch zusteht, besitzt er auch nicht die Einrede des nicht erfüllten Vertrags. Wird somit bspw. eine soeben gekaufte, aber noch im Laden stehende antike Kommode durch ein zufällig ausgebrochenes Feuer vernichtet, so kann der Antiquar seine Forderung auf Bezahlung des Kaufpreises durchsetzen, ohne eine Gegenleistung erbringen bzw. die Einrede des nicht erfüllten Vertrages fürchten zu müssen.

c. *Durch den Kläger verschuldete Unmöglichkeit der Erfüllung der Gegenleistung*

Ist die Unmöglichkeit der Erfüllung der Gegenleistung durch den Kläger (bzw. Schuldner der Gegenleistung) verschuldet worden^{22a}, so treten die in OR 97ff umschriebenen Rechtsfolgen ein: Der Beklagte (bzw. Gläubiger der Gegenleistung) hat die Möglichkeit, gestützt auf OR 109 vom Vertrag zurückzutreten²³, oder gemäss OR 107 Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Vertrags im Umfang des positiven Interesses zu verlangen. Beruft er sich dabei auf die Austauschtheorie²⁴, so tritt der Anspruch auf Schadenersatz an die Stelle der unmöglich gewordenen Gegenleistung; da das Syn-

20 So die absolut herrschende Lehre: VON TUHR/ESCHER 61; ENNECCERUS/LEHMANN 142; STAUDINGER/KADUK BGB 320 N.2; SOERGEL/SCHMIDT BGB 320 N.2; a.M. noch ANDRÉ 127f.

21 Dies gilt gemäss OR 185 grundsätzlich für den Kaufvertrag: Nutzen und Gefahr der Kaufsache gehen noch vor der Übergabe auf den Käufer über (bei Spezieskaufachen beim Vertragsabschluss, bei Genuskaufachen grundsätzlich mit der Ausscheidung).

22 Zu dieser Durchbrechung des Zug-um-Zug-Prinzips kritisch vorne § 2 bei FN 97 und dort zitierte Literatur.

22a Um auf das vorne sub. lit b erwähnte Beispiel zurückzukommen: Eine soeben gekaufte, aber noch im Laden stehende antike Kommode wird durch einen Brand vernichtet, den der Antiquar unvorsichtigerweise verursacht hat.

23 Unter Beanspruchung des negativen Vertragsinteresses, vgl. OR 109 Abs. 2.

24 Nach der Austauschtheorie wird nur die Leistung der fehlbaren Partei in eine Schadenersatzobligation umgewandelt, während die vertragstreue Partei ihre Leistung nach wie vor zu erbringen hat. Vgl. dazu GIGER OR 191 N.17, OR 215 N.20.

allagma der beidseitigen Leistungspflichten diesfalls nach wie vor besteht, kann sich der Beklagte auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrags berufen, bis der Kläger den geschuldeten Schadenersatz leistet²⁵. – Macht aber der Beklagte Schadenersatz nach der Differenztheorie²⁶ geltend, so tritt der Schadenersatzanspruch an die Stelle der *beidseitigen* Leistungspflichten²⁷; das Austauschverhältnis wird in eine *einseitige* Schadenersatzobligation umgewandelt. Da damit das Zug-um-Zug-Prinzip gegenstandslos ist, entfällt auch die Grundlage für die Einrede des nicht erfüllten Vertrags²⁸.

d. *Durch den Beklagten verschuldete Unmöglichkeit der Gegenleistung*

Hat der Beklagte die Unmöglichkeit der ihm zustehenden Gegenleistung selbst verschuldet, so behält der Kläger grundsätzlich seinen Anspruch²⁹. Da in diesem Fall der Beklagte einseitig seine Leistung zu erbringen hat, entfällt auch hier die Einrede des nicht erfüllten Vertrags.

e. *Der Anspruch auf Ersatzherausgabe und die Einrede des nicht erfüllten Vertrags*

Erlangt der Schuldner der unmöglichen Leistung³⁰ «infolge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen» (BGB 281 Abs. 1)³¹, muss aber dafür auch die eigene Leistung erbringen. Dieser im deutschen BGB und im französischen Code

25 Beispiel: A tauscht mit B eine Lithographie von Picasso im Wert von Fr. 10000.– gegen eine Lithographie von Braque (Wert Fr. 9000.–). Die Picasso-Lithographie geht durch Verschulden des A unter. A darf von B die Lieferung der Braque-Lithographie nur verlangen, wenn er diesem Fr. 10000.– Schadenersatz offeriert. Geschieht dies nicht, kann sich B mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrags zur Wehr setzen.

26 Vgl. zur Differenztheorie und zu deren generellen Zulässigkeit bei synallagmatischen Verträgen eingehend GIGER OR 191 N.19ff und 215 N.20ff.

27 Es findet faktisch eine Saldierung der beidseitigen Leistungen statt.

28 Bei dem in FN 25 erwähnten Beispiel ergäbe sich folgende Rechtslage: B kann von A Fr. 1000.– Schadenersatz verlangen. Fordert A von B Lieferung der Braque-Lithographie, so steht B zwar nicht die Einrede des nicht erfüllten Vertrags, dafür aber die Einwendung zu, seine Leistungspflicht sei gestützt auf OR 107 (Differenztheorie) untergegangen.

29 Vgl. VON TUHR/ESCHER 134f.

30 Im vorliegenden Kontext der Schuldner der Gegenleistung, m.a.W. der Kläger.

31 Anspruch auf das «stellvertretende commodum». Dieser Anspruch besteht, gleichgültig ob die Unmöglichkeit durch Verschulden einer Vertragspartei verursacht worden ist oder nicht, vgl. VON TUHR/ESCHER 132 Anm. 11. Trifft den Schuldner der unmöglich gewordenen Gegenleistung ein Verschulden, so hat die Gegenpartei freilich die Alternative zwischen Schadenersatz und Surrogatanspruch.

civil³² ausdrücklich statuierte Grundsatz gilt nach Lehre und Rechtsprechung³³ auch für das schweizerische Recht. Es kann sich dabei bspw. um Versicherungssummen handeln, die für den Untergang oder die Beschädigung des geschuldeten Gegenstandes ausgerichtet werden³⁴, um Entschädigungen für Enteignung bzw. Beschlagnahmung der geschuldeten Sache³⁵, um Schadenersatzansprüche gegen Dritte, welche durch ihr Eingreifen (bspw. Zerstörung des geschuldeten Objektes) die Unmöglichkeit der Erfüllung bewirkt haben³⁶, oder auch um den Verkaufserlös, wenn der Schuldner den Vertragsgegenstand an einen Dritten weiterveräußert hat, statt ihn an den Gläubiger zu liefern³⁷.

Der Anspruch auf Ersatzherausgabe entspricht dem ursprünglichen Leistungsanspruch, der lediglich hinsichtlich des Leistungsgegenstandes eine Modifizierung erfährt³⁸. Es besteht somit das ursprüngliche Austauschverhältnis fort, obwohl die Erfüllung der vereinbarten Gegenforderung unmöglich geworden ist, sofern der Berechtigte an ihrer Stelle die Herausgabe des «stellvertretenden commodum» verlangt. Daraus ergibt sich, dass das Zug-um-Zug-Prinzip auch auf die Surrogatleistung Anwendung findet: Der Beklagte kann gegenüber dem ihn belangenden Gläubiger die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erheben, bis dieser anstelle der unmöglich gewordenen Gegenleistung den dafür erhaltenen Ersatz liefert oder einen allfälligen Ersatzanspruch an ihn abtritt³⁹.

II. *Fälligkeit der Gegenforderung*

Der Beklagte kann die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nur erheben, wenn seine Gegenforderung *fällig* ist⁴⁰. Er trägt gemäss ZGB 8 dafür die Beweislast. Denn wenn zwar der vom Kläger geltendgemachte Anspruch, nicht aber der Gegenanspruch des Beklagten fällig ist, so bedeutet das eine Vorleistungspflicht des letztern⁴¹; das Zug-um-Zug-Prinzip findet somit in diesem Fall keine Anwendung.

32 Ccfr 1303.

33 VON TUHR/ESCHER 131; GUHL/MERZ/KUMMER 276; VON BÜREN I/388f; OSER/SCHÖNENBERGER OR 119 N.14; BGE 43 II 234, 46 II 436, 51 II 176.

34 Vgl. BGE 51 II 176: Der Käufer eines Hauses, das vor Übergang der Gefahr abrennt, kann Abtretung der Feuerversicherungssumme verlangen.

35 BGE 43 II 234; ZR 20 1921 Nr. 117 S. 235.

36 VON TUHR/ESCHER 132; RGZ 93/40f, 96/337.

37 VON TUHR/ESCHER 132; BGE 46 II 436.

38 STAUDINGER/KADUK BGB 323 N.84; vgl. auch LARENZ I/252f.

39 Gl.M. VON TUHR/ESCHER 133; vgl. auch STAUDINGER/KADUK BGB 320 N.5.

40 Dazu BECKER OR 82 N.19; JEANPRÊTRE 273; STAUDINGER/KADUK BGB 320 N.2; RGZ 120/196.

41 Vgl. eingehend hinten sub. lic.C.

III. Sonderprobleme

1. *Einrede des nicht erfüllten Vertrags trotz fehlender Liquidität der Gegenforderung*

Die schweizerische Doktrin und Rechtsprechung äussern sich – soviel ich sehe – nicht zu der Frage, ob die Erhebung der Einrede des nicht erfüllten Vertrags *Liquidität* der Gegenforderung voraussetzt⁴². Eine Besinnung auf den Zweck der Einrede zeigt indessen, dass dies *nicht* der Fall ist⁴³: Das Zug-um-Zug-Prinzip kann nur durchgesetzt werden, wenn der Entscheid über die mit der Einrede geltendgemachte, vom Kläger bestrittene Gegenforderung des Beklagten vor dem Entscheid über die eingeklagte Hauptforderung oder gleichzeitig mit diesem gefällt werden muss. Der Richter darf daher eine bestrittene Gegenforderung nicht in ein besonderes, später durchzuführendes Verfahren verweisen, auch wenn die Hauptforderung spruchreif wäre, während die Beurteilung der Gegenforderung erhebliche Zeit beansprucht. Ist die Gegenforderung bereits vor einem anderen Gericht anhängig, so muss der Richter den Entscheid über die Hauptforderung aussetzen, bis jenes Urteil vorliegt⁴⁴.

Die Rechtslage ist somit ähnlich wie bei der Verrechnung, die nach der ausdrücklichen Anordnung von OR 120 Abs. 2 auch geltendgemacht werden kann, wenn die Gegenforderung bestritten wird.

Dem Gesagten widerspricht es nicht, dass die provisorische Rechtsöffnung gestützt auf SchKG 82 gewährt werden muss, wenn der Beklagte das Bestehen einer Gegenforderung nicht wenigstens *glaubhaft* machen kann⁴⁵. Das Rechtsöffnungsverfahren verfolgt besondere Ziele: Der Rechtsöffnungsrichter hat nicht über den materiellen Bestand der erhobenen Forderungen zu entscheiden, sondern lediglich über die Vollstreckbarkeit des vorgelegten Rechtsöffnungstitels bzw. über die Beseitigung eines offensicht-

42 Für das deutsche Recht verneinen STAUDINGER/WERNER BGB 73 N.4 und GRÜTER 67f das Erfordernis der Liquidität.

43 Prozessual bewirkt die Einrede des nicht erfüllten Vertrags, dass die Hauptforderung nicht ohne Beurteilung der Gegenforderung gutgeheissen werden darf. Wäre die Liquidität der Gegenforderung Voraussetzung der Einrede, so könnte sich der Richter auf die Beurteilung der Hauptforderung beschränken, wenn die Gegenforderung nicht sofort nachgewiesen wird.

44 Vgl. analog VON TUHR/ESCHER 197f für die Verrechnungseinrede. Einer parallelen Beurteilung der Gegenforderung im gleichen Prozess wie die Hauptforderung steht diesfalls die Einrede der *Rechtshändigkeit* entgegen. Das Zug-um-Zug-Prinzip wird durch die Beurteilung der beiden Forderungen in getrennten Prozessen nicht vereitelt, da ja der Entscheid über die Hauptforderung erst gefällt werden kann, wenn das Urteil für die Gegenforderung vorliegt.

45 Vgl. dazu MEYER 31.

lich unberechtigten Rechtsvorschlags⁴⁶. Die für den ordentlichen Forderungsprozess geltenden materiellrechtlichen Grundsätze sind auf das Betreibungsverfahren nur anwendbar, soweit das Betreibungsrecht nichts Abweichendes statuiert.

2. *Einrede des nicht erfüllten Vertrags trotz Verjährung der Gegenforderung*

Kann die Einrede des nicht erfüllten Vertrags noch erhoben werden, wenn die Gegenforderung des Beklagten bereits verjährt ist? Als Beispiel diene ein Grundstückkauf, bei welchem das Grundstück am 1. Januar 1981 übereignet und der Kaufpreis am 1. Januar 1980 bezahlt werden soll. Die Verjährung tritt für die Eigentumsübertragung am 1. Januar 1991 und für die Kaufpreisforderung am 1. Januar 1990 ein⁴⁷. Kann der Verkäufer dem am 1. Juni 1990 gestellten Begehren des Käufers auf Eigentumsübertragung die Einrede des nicht erfüllten Vertrags entgegensetzen?

Die herrschende Doktrin des gemeinen Rechts nahm gestützt auf die Parömie «Quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua» an, die Einreden seien unverjährbar⁴⁸. Diese Auffassung wird zwar auch von einem Teil der modernen schweizerischen Doktrin geteilt^{49/50}, hat aber im Gesetzestext nur in OR 120 Abs. 3 direkten Ausdruck gefunden: Eine bereits verjährte Forderung kann einredeweise zur Verrechnung gestellt werden, wenn die Verrechnungsmöglichkeit noch vor Eintritt der Verjährung entstanden ist⁵¹.

Angesichts der ähnlichen Interessenlage⁵² ist eine analoge Anwendung von OR 120 Abs. 3 auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages geboten: Wie der Eintritt der Verrechnungslage bedeutet auch die Möglichkeit der Einrede des nicht erfüllten Vertrags eine Verwirklichung der Gegenfor-

46 Vgl. dazu auch vorne § 4 FN 11.

47 Sofern keine Gründe für einen Stillstand oder eine Unterbrechung der Verjährung vorliegen, vgl. OR 134ff.

48 Vgl. die von VON TUHR BGB I/302 Anm. 52 zit. Autoren.

49 Vgl. VON TUHR/ESCHER 233; unklar BECKER OR 120 N. 23 a.E.; kritisch SPIRO II/1559ff; a.M. OSER/SCHÖNENBERGER N.14 vor OR 127–142, Peter NABHOLZ: Verjährung und Verwirkung als Rechtsuntergangsgründe infolge Zeitablaufs (Diss Zürich 1958).

50 Im deutschen Recht wird die Unverjährbarkeit bspw. bejaht durch VON TUHR BGB I/302; RGR-Komm BGB 320 N.5; a.M. bspw. STAUDINGER/COING BGB 194 N.18.

51 SPIRO I/510f rechtfertigt diese Norm wie folgt: Eine erfüllte Forderung kann nicht verjähren. Dasselbe gilt, wenn die Forderung zwar nicht erfüllt, aber in anderer Form verwirklicht wird, so bspw. bei Entstehung einer Verrechnungslage.

52 Sowohl bei Erhebung der Verrechnungseinrede als auch der Einrede des nicht erfüllten Vertrags wird die vom Kläger geltendgemachte Forderung grundsätzlich anerkannt und deren Erfüllung nur im Hinblick auf eigene Gegenansprüche verweigert.

derung des beklagten Schuldners, welche die Verjährung ausschliesst⁵³. Im Übrigen gelten gerade die für die teleologische Rechtfertigung der Verjährungsvorschriften im Allgemeinen genannten wichtigsten Gründe – Sanktion für die lange Untätigkeit des Gläubigers und Herstellung des Rechtsfriedens⁵⁴ – nicht, wenn eine verjährte Forderung durch Erhebung der Einrede des nicht erfüllten Vertrags geltendgemacht wird: Der sich auf die Einrede berufende Schuldner hatte guten Grund, die ihm zustehende Gegenforderung vor Eintritt der Verjährung nicht durchzusetzen: Er ist ja so lange auch nicht vom Gläubiger der Hauptforderung belangt worden. Und der Rechtsfrieden wird nicht von dem die Einrede erhebenden Beklagten, sondern durch den ihn belangenden Kläger gestört⁵⁵. Es ergibt sich also klar: Die Erhebung der Einrede des nicht erfüllten Vertrags ist auch gestützt auf eine bereits verjährte Gegenforderung möglich, wenn sich die beiden synallagmatischen Forderungen bereits zu einem Zeitpunkt fällig gegenüberstanden, in welchem jene noch nicht verjährte war⁵⁶.

Das Gesagte gilt nur bei Verjährung, *nicht* aber bei *Verwirkung*: Die Verwirkung führt zum Untergang der Gegenforderung⁵⁷; da sich also diesfalls nicht mehr zwei Forderungen synallagmatisch gegenüberstehen, ist die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nicht möglich.

C. Keine Vorleistungspflicht des belangten Schuldners

I. Grundsätzliches

Nach der ausdrücklichen Anordnung von BGB 320 Abs. 1 1. Satz a.E. kann der belangte Schuldner prinzipiell keine Einrede des nicht erfüllten Vertrags geltendmachen, wenn er «vorzuleisten verpflichtet ist». Obwohl das OR jedenfalls nach dem Gesetzeswortlaut keine entsprechende Bestimmung enthält, gilt dieser Grundsatz auch für das schweizerische Recht⁵⁸. Das ergibt sich sowohl mittelbar aus OR 82 als auch aus rechtslogischen Erwägungen: Wenn die eine Partei vorleisten muss, wird die teleologische Rechtfertigung der Einrede des nicht erfüllten Vertrags – die Durchsetzung des Zug-um-Zug-Prinzips – gegenstandslos⁵⁹.

53 Vgl. zur Argumentation SPIRO I/509ff.

54 SPIRO I/7ff.

55 CASSIN 715ff; GRÜTER 68f.

56 Vgl. VON TUHR/ESCHER 234; SPIRO I/512; STAUDINGER/KADUK BGB 320 N.11; LA-RENZ I/169 Anm. 3.

57 Vgl. GUHL/MERZ/KUMMER 276.

58 Vgl. VON TUHR/ESCHER 58, 65; VON BÜREN I/463; BGE 105 II 30f.

59 STAUDINGER/KADUK BGB 320 N.21: Dass der Vorleistungspflichtige sich nicht auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrags berufen könne, sei «an sich selbstverständlich».

Demgegenüber kann sich selbstverständlich der Gläubiger der Vorleistung auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrags berufen, wenn der Vorleistungspflichtige von ihm Erfüllung verlangt, bevor er selbst geleistet hat. Denn wer von der Gegenpartei Vorleistung fordern darf, ist a maiori minus berechtigt, auf diese Befugnis zu verzichten und sich mit der Einrede auf Geltendmachung des Zug-um-Zug-Prinzips zu beschränken⁶⁰.

II. Entstehung einer Vorleistungspflicht

1. Allgemeines

OR 82 statuiert für vollkommen zweiseitige Verträge die Zug-um-Zug-Erfüllung, es sei denn, dass die eine Partei «nach dem *Inhalte* oder der *Natur* des Vertrages erst später zu erfüllen hat». Neben Vertragsinhalt und «Natur» des Vertrages kann selbstverständlich auch eine *Gesetzesvorschrift* die Vorleistungspflicht der einen Vertragspartei begründen.

Aus dem bereits Gesagten ergibt sich, dass gestützt auf OR 82 die Zug-um-Zug-Leistung bei vollkommen zweiseitigen Verträgen den Grundsatz und die Vorleistungspflicht der einen Partei die Ausnahme bildet. Wer die Existenz einer Vorleistungspflicht behauptet, ist daher für die dafür massgeblichen Tatsachen beweispflichtig⁶¹.

2. Entstehung einer Vorleistungspflicht durch Parteivereinbarung

Gemäss dem das schweizerische OR beherrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit können die Parteien durch ausdrückliche oder konkludente Vereinbarung eine Vorleistungspflicht des einen Vertragspartners begründen. Dies geschieht oft mittels typischer Klauseln des Handelsverkehrs, ohne dass dabei der Ausdruck «Vorleistung» verwendet würde. Haben die Parteien bspw. «Kauf gegen Nachnahme» abgemacht, so bedeutet dies eine Vorleistungspflicht des *Käufers*⁶²; dasselbe gilt, wenn sich der Käufer zur Stellung eines Akkreditivs verpflichtet hat⁶³, oder wenn «Kasse gegen Faktura», «Kasse gegen Dokumente», «Zahlung gegen Dokumente» vereinbart

60 Für das deutsche Recht KAST 62f.

Verweist der Vorleistungsberechtigte aber statt dessen zweckmässigerweise zur Verteidigung auf die Vorleistungspflicht des Gegners, so handelt es sich technisch nicht um eine Einrede, sondern um eine gegen das Klagefundament gerichtete *Einwendung* (vgl. VON TUHR/ESCHER 65).

61 Vgl. KUMMER ZGB 8 N.269; VON TUHR/ESCHER 58 Anm. 7, 64.

62 STAUDINGER/KADUK BGB 320 N.21; RABEL I/129.

63 ZR 48 1949 Nr. 119 S. 206; ZBJV 91 1955 487; VON TUHR/ESCHER 59 Anm. 13; vgl. auch GIGER OR 184 N.192 und RGZ 102/155, 105/34. Im Endeffekt führt aber das Akkreditiv dennoch zur Zug-um-Zug-Leistung: Vorleistungspflichtig ist der Käufer nur bezüglich der *Akkreditivstellung*; die Auszahlung an den Verkäufer erfolgt hinge-

worden ist⁶⁴. Die Klauseln «Netto Kasse»⁶⁵ und «Zahlung gegen Dispositionspapiere»⁶⁶ bewirken demgegenüber keine Vorleistungspflicht. – Der Verkäufer wird bspw. vorleistungspflichtig, wenn die Parteien «zahlbar nach Eintreffen der Ware» vereinbart haben⁶⁷. Eine Vorleistungspflicht kann auch aufgrund der Verkehrssitte, insbesondere gestützt auf Usancen bzw. Handelsgebräuche entstehen, soweit diese Vertragsinhalt werden⁶⁸.

Keine Vereinbarung einer Vorleistungspflicht bedeutet es, wenn die Parteien für Leistung und Gegenleistung verschiedene Termine abgemacht haben, von denen der eine früher eintritt als der andere⁶⁹. Verpflichtet sich bspw. der Verkäufer zur Lieferung am 1. März, der Käufer zur Zahlung am 1. April, so wird der Anspruch des Verkäufers am 1. April grundsätzlich fällig, ohne dass er zu behaupten braucht, die Kaufsache am 1. März geliefert zu haben. Der Käufer darf von ihm nach dem 1. April keine Vorleistung verlangen – beide Leistungen sind ja nun fällig –, kann ihm aber die Einrede des nicht erfüllten Vertrags entgegenhalten, wenn die Lieferung unterblieben ist⁷⁰. Umgekehrt ist der Käufer ab 1. März zur Erfüllungsklage berechtigt, ohne dass er eine Vorleistungspflicht des Verkäufers behaupten müsste; nach dem 1. April kann der Verkäufer indessen gegebenenfalls die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erheben, da unterdessen die Gegenleistung – die Kaufpreiszahlung – fällig geworden ist⁷¹.

3. *Entstehung einer Vorleistungspflicht aus der «Natur» des Vertrags*

a. *Bei Austausch einer Dauerleistung gegen eine vorübergehende Leistung*

Eine Vorleistungspflicht des einen Vertragspartners ergibt sich aus der «Natur» des von den Parteien abgeschlossenen Rechtsgeschäfts, sofern

gen erst Zug um Zug gegen Aushändigung der Wertpapiere an die Bank. Vgl. BEKKER OR 82 N.19; VON BÜREN I/463 Anm. 65 und zur Rechtsnatur des Akkreditivs eingehend GIGER OR 184 N.188.

64 Vgl. BGHZ 41/215ff; 55/340ff.

65 Vgl. STAUDINGER/KADUK BGB 320 N.21.

66 Vgl. RGR-Komm BGB 320 N.17; STAUDINGER/KADUK BGB 320 N.21.

67 STAUDINGER/KADUK BGB 320 N.21 gestützt auf RG in LZ 1927 Sp 316.

68 Usancen bzw. Handelsgebräuche werden nur Vertragsinhalt, wenn diese beiden Parteien bekannt sind oder nach den Umständen bekannt sein müssen (ein Nichtkaufmann bspw. braucht in der Regel Usancen des Handelsverkehrs nicht zu kennen) und wenn keine der beiden Parteien der Geltung der Usance widerspricht.

Vgl. dazu eingehend JÜRGEN FISCHER: Die schweizerischen Holzhandelsusancen (Diss. Zürich 1972) S. 52ff und dort zitierte Judikatur.

Vgl. für das deutsche Recht BGH in BB 1952/12, 1956/68. RGZ 114/9,12.

69 In der deutschen Doktrin wird dieser Fall als «nicht beständige Vorleistungspflicht» bezeichnet, vgl. SOERGEL/SCHMIDT BGB 322 N.3; GRÜTER 89; KAST 60.

70 Vgl. VON TUHR/ESCHER 65; für das deutsche Recht STAUDINGER/KADUK BGB 320 N.21a; KAST 61.

71 Dazu VON TUHR/ESCHER 65, vgl. auch BJM 1956/277ff.

die Durchführung des Zug-um-Zug-Prinzips aufgrund der besonderen Art der vereinbarten Leistungen nicht möglich ist. Das trifft zu, wenn eine Dauerleistung gegen eine vorübergehende Leistung ausgetauscht werden muss, wie bspw. beim Arbeitsvertrag oder bei der Miete bzw. Pacht⁷² oder auch bei denjenigen Werkverträgen, entgeltlichen Aufträgen oder auftragsähnlichen Verhältnissen, die den Unternehmer bzw. Beauftragten zu einer Dauerleistung verpflichten: Der Arbeitgeber, Mieter, Pächter kann seinem Vertragspartner nicht für jede minimale Zeitspanne, während welcher ein Teil der Dauerleistung erbracht wird, Zug um Zug das darauf entfallende Entgelt bezahlen. Es ergibt sich aus der Natur der Sache, dass hier die eine Partei vorleisten muss⁷³.

Nach ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung sind der Vermieter, Verpächter und der Arbeitnehmer vorbehaltlich gegenteiliger vertraglicher Abmachung vorleistungspflichtig⁷⁴. Dies entspricht der alten Rechtsregel, dass grundsätzlich derjenige Vertragspartner vorzuleisten hat, der zur Dauerleistung verpflichtet ist⁷⁵. Rechtslogisch überzeugt daher auch der in SJZ 64 1968 294 abgedruckte Entscheid des Zuger Kantonsgerichts, gemäss welchem nach der Natur des Architektenvertrags der Architekt gegenüber dem Bauherrn vorleistungspflichtig ist⁷⁶. Ein weiteres Beispiel für die Geltung der erwähnten Rechtsregel stellt die Übung dar, gemäss welcher der Wirt im Restaurant in der Regel erst nach dem Essen Bezahlung verlangen kann⁷⁷.

b. Bei Disparität der Erfüllungsorte oder bei Vereinbarung einer Schickschuld

Schwierigkeiten bei der Durchführung des Zug-um-Zug-Prinzips können sich auch ergeben, wenn Leistung und Gegenleistung verschiedene

72 Der Arbeitnehmer, Vermieter, Verpächter ist zu einer Dauerleistung verpflichtet, für die das Entgelt normalerweise in bestimmten Zeitabständen erbracht wird.

73 Vgl. dazu eingehend für das französische Recht CASSIN 534ff.

Unzutreffend SCHMID OR 254/255 N.28, der unter verfehlttem Hinweis auf ZR 43 1944 Nr. 51 S. 103f. behauptet, bei Dauerschuldverhältnissen stelle sich die Frage der Vorleistungspflicht gar nicht.

74 OR 262 Abs. 2 für den Mietvertrag, OR 286 Abs. 2 für den Pachtvertrag, OR 323 für den Arbeitsvertrag. In den von den Hauseigentümerverbänden redigierten Mietvertragsformularen wird allerdings in der Regel das Gegenteil statuiert.

75 Vgl. CASSIN 535.

Diese Rechtsregel hat ihren Grund wohl darin, dass die Erbringung der Dauerleistung einen konstanten Erfüllungswillen des Schuldners voraussetzt und deshalb eher durch fehlende Erfüllungsbereitschaft gefährdet werden kann, als die auf einmal zu erbringende Gegenleistung.

76 Der u.a. auch mit der Bauleitung betraute Architekt erbringt eine Dauerleistung, während der Bauherr das Entgelt in einer oder mehreren Einzelzahlungen leistet.

77 Vgl. dazu auch vorne § 3 FN 9.

Erfüllungsorte haben⁷⁸ oder die eine Partei eine Schickschuld erbringen muss. Dies zeigt sich insbesondere beim Distanzkauf⁷⁹: Die Erfüllungshandlung des Verkäufers liegt in der Versendung; bei Anwendung des Zug-um-Zug-Prinzips müsste ihm also gleichzeitig der Kaufpreis bezahlt werden. Da aber der Verkäufer während des Transportes dem Frachtführer grundsätzlich noch Anweisungen erteilen und somit über die Ware verfügen kann⁸⁰, hat der Käufer keine definitive Sicherheit, die ihm zustehende Kaufsache auch wirklich zu erhalten^{80a}. Diese Schwierigkeiten führen beim *Handelskauf* meist zu einer Vorleistungspflicht der einen Partei. Entweder wird die Stellung eines Akkreditivs abgemacht (Vorleistungspflicht des Käufers)⁸¹, oder es wird auf eine beim Handelskauf bestehende Usance abgestellt, gemäss welcher der Kaufpreis nicht schon bei der Versendung, sondern erst bei oder nach Ablieferung der Ware an den Käufer zu bezahlen ist⁸². Im *bürgerlichen Verkehr* ist demgegenüber meist eine stillschweigende Vereinbarung eines die Zug-um-Zug-Leistung ermöglichenden gemeinsamen Erfüllungsortes anzunehmen. Diejenige Partei, welche die andere zur Leistung auffordert, begründet damit die Geltung des für diese massgebenden Erfüllungsorts für beide Leistungen^{82a}. Fordert bspw. der Käufer den Verkäufer auf zu liefern, so muss auch die Zahlung am Versendungsort der Kaufsache erbracht werden. Fordert umgekehrt der Verkäufer Zahlung des Kaufpreises, so muss er dem Käufer die Ware zusenden oder an dessen Domizil anbieten.

4. *Entstehung einer Vorleistungspflicht durch Gesetz*

Gemäss OR 262 Abs. 2 und 286 Abs. 2 besteht eine Vorleistungspflicht des Vermieters und Verpächters, laut OR 323 eine solche des Arbeitnehmers⁸³. Die teleologische Rechtfertigung dieser Normen wurde vorne sub. lit. 3.a erörtert.

78 Dazu OR 74: Hat bspw. der Verkäufer laut vertraglicher Abmachung die Kaufsache an das Domizil des Käufers zu liefern, ohne dass gleichzeitig der in OR 74 Abs. 2 Ziff. 1 statuierte Erfüllungsort für die Zahlungspflicht (Domizil des Gläubigers, d.h. des Verkäufers) modifiziert worden ist, so ergeben sich verschiedene Erfüllungsorte. In der Regel deuten allerdings in solchen Fällen die Umstände darauf hin, dass stillschweigend Zahlung des Kaufpreises am Ort der Übergabe der Kaufsache verabredet ist. Vgl. VON TUHR/ESCHER 59 Anm. 9.

79 Zum Begriff eingehend GIGER OR 189 N.7ff.

80 Vgl. dazu OR 443.

80a VON TUHR/ESCHER 59.

81 Vgl. vorne bei FN 63 und GIGER OR 184 N.188, 192.

82 Dazu RGR-Komm HGB, Anhang zu § 372 N.46; VON TUHR/ESCHER 59 Anm. 11. Für den Engros-Handel hat das Zürcher Handelsgericht eine 30-tägige Zahlungsfrist festgestellt, vgl. ZR 39 1940 Nr. 103 S. 225.

82a Dazu eingehend GIGER OR 184 N.185; vgl. auch BECKER OR 184 N.15.

83 Zu der in den gebräuchlichen Allgemeinen Mietbedingungen vorgesehenen abweichenden Lösung vgl. vorne § 3 FN 10.

III. *Ausnahmefälle: Einrede des nicht erfüllten Vertrags trotz Vorleistungspflicht*

1. *Bei Dauerschuldverhältnissen mit ein- oder beidseitigen periodischen Leistungen*

a. *Sukzessivlieferungsvertrag*

Hat sich beim Sukzessivlieferungsvertrag der Käufer bspw. verpflichtet, die einzelnen vom Verkäufer in monatlichen Abständen erbrachten Lieferungen jeweils 10 Tage nach Erhalt zu bezahlen, so stellt sich die Frage, ob der Verkäufer, dem die erste Lieferung nicht bezahlt worden ist, gegenüber dem auf Erbringung der zweiten Lieferung klagenden Käufer die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erheben kann, obwohl er innerhalb der einzelnen Leistungspaare vorleistungspflichtig ist. Ebenso muss natürlich auch umgekehrt die Möglichkeit der Einrede auf Seiten des Käufers geprüft werden, wenn dieser innerhalb der einzelnen Leistungspaare vorzuleisten hat und der Verkäufer nicht gehörig erfüllt.

Das Bundesgericht hat sich wiederholt mit dieser Problematik beschäftigt und mit Rücksicht auf die Rechtsnatur des Sukzessivlieferungsvertrags die Zulässigkeit der Einrede des nicht erfüllten Vertrags in solchen Fällen zu Recht stets *bejaht*⁸⁴: Denn wie vorne S. 44ff nachgewiesen worden ist, bezieht sich das Synallagma des Sukzessivlieferungsvertrags trotz der Aufsplitterung in Teilleistungen auf sämtliche Lieferungen des Verkäufers einerseits und den gesamten Kaufpreis andererseits.

Die einzelnen Leistungspaare dürfen darum nicht isoliert betrachtet werden: Wenn der Käufer im erwähnten Beispiel verpflichtet ist, die monatlichen Lieferungen jeweils 10 Tage nach Erhalt zu bezahlen, so bedeutet das, dass der Verkäufer zwar die erste Lieferung vor der Zahlung erbringen muss, aber die erste Zahlung vor der zweiten Lieferung zu erfolgen hat. Aus dieser alternierenden Vorleistungspflicht ergibt sich die Zulässigkeit der Einrede des nicht erfüllten Vertrags gegenüber dem Anspruch auf die nachfolgenden Lieferungen und Zahlungen.

84 BGE 84 II 149f, 52 II 137ff; a.M. GUHL/MERZ/KUMMER 305, welche die Einrede des nicht erfüllten Vertrags grundsätzlich nur bezüglich der einzelnen Leistungspaare bejahen, es sei denn, dass im Verhalten der säumigen Partei eine Vertragsgefährdung zu erblicken wäre. Vgl. auch VON BÜREN I/467ff, der wenigstens eine analoge Anwendung von OR 82 über den Rahmen der einzelnen Leistungspaare hinaus befürwortet.

b. *Gebrauchsüberlassungs- und Arbeitsleistungsverträge*

Ähnlich wie beim Sukzessivlieferungsvertrag⁸⁵ muss beim Miet- und Pachtvertrag, bei Gebrauchsüberlassungsverträgen *sui generis*⁸⁶ sowie bei Arbeitsleistungsverträgen⁸⁷ das Problem geprüft werden, ob die prinzipiell vorleistungspflichtige Vertragspartei die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erheben kann, wenn die andere Partei das periodisch geschuldete Entgelt für die verflossene Zeitperiode nicht erbringt⁸⁸. In der schweizerischen Doktrin und Praxis ist – soviel ich sehe – die Frage nicht geklärt worden⁸⁹. Eine Besinnung auf die Rechtsnatur des Gebrauchsüberlassungs- bzw. Arbeitsleistungsvertrags zeigt indessen, dass die vom Bundesgericht für den Sukzessivlieferungsvertrag angestellten Erwägungen auch hier zutreffen: Der eine Einheit bildende Gebrauchsüberlassungs- oder Arbeitsleistungsvertrag darf nicht in einzelne Zeitperioden aufgeteilt werden; das Synallagma bezieht sich auf die Gebrauchsüberlassung bzw. Arbeitsleistung für die gesamte Vertragsdauer einerseits und auf die Gesamtheit des eventuell periodisch geleisteten Entgelts andererseits. Es ergibt sich daraus, dass in dem in FN 88 erwähnten Beispiel der Mietzins für den Monat Januar zwar in Bezug auf die Gebrauchsüberlassung für dieselbe Periode Nachleistung, in Bezug auf diejenige für den Monat Februar aber Vorleistung bildet. Der Vermieter kann daher Anfang Februar gegenüber dem weiterhin Überlassung des Mietobjekts fordernden Mieter die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erheben, wenn dieser den Januarmietzins nicht bezahlt⁹⁰. Ebenso steht dem Mieter bzw. Pächter die Einrede zu, wenn er gemäss vertraglicher Ab-

85 Beim Sukzessivlieferungsvertrag werden in der Regel die Leistungen *beider* Parteien periodisch geschuldet, während beim Gebrauchsüberlassungsvertrag und beim Arbeitsleistungsvertrag der Dauerleistung der einen Partei eine eventuell periodisch zu erbringende Gegenleistung der andern Partei gegenübersteht (einseitig periodische Leistungspflicht).

86 Z.B. Finanzierungsleasingvertrag, vgl. dazu eingehend Hans GIGER: Der Leasingvertrag. Systematische Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des Finanzierungsleasing (Bern 1977) S. 53ff.

87 Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag.

88 Beispiel: A vermietet B eine Sache, wobei der Mietzins jeweils nach Ablauf eines Monats bezahlt werden muss.

89 Vgl. für das deutsche Recht KAST 189ff. Nach Auffassung dieses Autors stehen indessen nur die einzelnen Teilleistungen, nicht aber die Gesamtleistungen im Synallagma. KAST verneint daher die Möglichkeit der Einrede für den in FN 88 geschilderten Sachverhalt.

90 Vgl. für das deutsche Recht RGR-Komm. BGB 551 N.1. Eine Ausweisung des Mieters kommt aber *nicht* in Betracht, solange die in OR 265 Abs. 1 für die Beendigung des Mietvertrags wegen Zahlungsverzugs des Mieters statuierten Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Das legislatorische Ziel dieser Gesetzesnorm – dem Mieter die Gebrauchsüberlassung der Mietsache auch bei kurzfristigem Zahlungsverzug zu sichern – würde sonst durchkreuzt.

machung vorleistungspflichtig ist und der Vermieter ihm in der abgelaufenen Zeitperiode das Mietobjekt nicht oder nicht in gehörigem Zustand überlassen hat⁹¹.

2. *Bei Zahlungsunfähigkeit der vorleistungsberechtigten Partei*

Vgl. dazu eingehend hinten § 11 B.

3. *Bei vertragswidrigem Verhalten der vorleistungsberechtigten Partei*

Verletzt eine Partei die «allgemeine Pflicht ..., alle Handlungen zu unterlassen, welche geeignet sind, den Vertragszweck zu gefährden oder zu vereiteln»⁹², so kann die Gegenpartei laut Rechtsprechung des Bundesgerichts⁹³ die in OR 107ff umschriebenen Gläubigerrechtsbehelfe schon *vor* dem vereinbarten Fälligkeitstermin geltendmachen. Die Gefährdung der Erfüllung ist derart, dass sich ein vorzeitiger Fälligkeitseintritt rechtfertigt, um die Interessen des betroffenen Gläubigers zu wahren. Aus den gleichen Erwägungen muss der vorleistungspflichtigen Vertragspartei auch die Einrede des nicht erfüllten Vertrags zur Verfügung stehen, wenn sich die Gegenpartei in der geschilderten Art vertragswidrig verhält, aber dennoch die Erfüllung der ihr nach Vertrag zustehenden Leistung verlangt: Ihre Nachleistungspflicht wird vorzeitig fällig⁹⁴. Es wäre unbillig, wenn die eine Partei vorleisten müsste, obwohl sie angesichts des vertragswidrigen Verhaltens der andern Partei genau weiss, dass sie die ihr nachher geschuldete Gegenleistung nicht erhalten wird. – Liegt demgegenüber nicht ein derart krasses vertragswidriges Verhalten vor, sondern ist es aufgrund der Umstände lediglich ungewiss, ob die später fällig werdende Gegenleistung gehörig erbracht werden kann^{94a}, so ändert das nichts an der Vorleistungspflicht: *Bloss drohender* Verzug der nachleistungspflichtigen Gegenpartei bspw. begründet keine Einrede des nicht erfüllten Vertrags⁹⁵.

91 Vgl. für das deutsche Recht RG in JW 1906/333.

92 BGE 69 II/244. Nach der Terminologie OETTINGERS (vgl. OETTINGER, Bundesgerichtspraxis 153) und des zitierten BGE handelt es sich dabei um einen Tatbestand der «positiven Vertragsverletzung». Beispiele: Der Schuldner erklärt endgültig und bestimmt, nicht leisten zu wollen; die ausgeschiedene Gattungsware ist vertragswidrig u.a.m.

93 BGE 69 II/243ff; gl.M. bspw. OETTINGER, Bundesgerichtspraxis 153.

94 Vgl. für das deutsche Recht STAUDINGER/KADUK BGB 320 N.21a; RGR-Komm 320 N.19.

94a Bsp: Verspäteter Beginn mit der für die Ausführung eines Werkes notwendigen Vorbereitungsarbeiten.

95 ZR 9 1910 Nr. 116 S. 218; BGE 38 II 482f; vgl. auch BECKER OR 82 N.19; VON TUHR/ESCHER 65 Anm. 53.

D. Nichterfüllung, nicht gehörige Erfüllung, mangelhaftes Angebot der Gegenleistung

I. Allgemeines

Wer bei einem vollkommen zweiseitigen Vertrag die Gegenpartei zur Erfüllung anhalten will, muss laut OR 82 entweder *bereits erfüllt* haben oder wenigstens die *Erfüllung anbieten*⁹⁶. Der Gesetzestext gibt indessen den durch das Zug-um-Zug-Prinzip bestimmten Sinn von OR 82⁹⁷ nur ungenau wieder:

– Ist keine Vorleistungspflicht vereinbart, so muss der Kläger, der die Gegenpartei zur Erfüllung anhalten will, entgegen dem Gesetzeswortlaut nicht bereits erfüllt *haben* (Vorleistung); es genügt, wenn er Zug um Zug erfüllt. Das Zug-um-Zug-Prinzip, das durch OR 82 ja gerade zementiert werden soll, würde sonst durchkreuzt!⁹⁸

– Die Gegenleistung muss *gehörig* erbracht oder angeboten werden⁹⁹: Der belangte Schuldner hat grundsätzlich Anspruch auf eine quantitativ vollständige und qualitativ einwandfreie Gegenleistung zur richtigen Zeit am vereinbarten Ort. Dem Interesse des Beklagten an einer korrekten Gegenleistung wird nur entsprochen, wenn er die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nicht bloss bei Nichterfüllung, sondern auch bei nicht gehöriger Erfüllung der Gegenleistung erheben darf.

Voraussetzung der Einrede des nicht erfüllten Vertrags ist also Nichterfüllung, nicht gehörige Erfüllung oder mangelhaftes Angebot der Gegenleistung. Was den Fall der Nichterfüllung betrifft – der Kläger verletzt seine Vertragspflichten vollumfänglich, d.h. erbringt überhaupt keine Gegenleistung –, stellen sich im Zusammenhang mit OR 82 keine besonderen Probleme. Es kann daher auf die umfangreiche Literatur zu OR 97ff verwiesen werden¹⁰⁰.

96 Anders das deutsche Recht: Gemäss BGB 320 kann der Beklagte die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erheben, bis die Gegenleistung erbracht wird; ein blosses *Angebot* derselben schliesst die Einrede nicht aus (vgl. STAUDINGER/KADUK BGB 320 N.12). Verweigert der Beklagte die Annahme der Gegenleistung, so muss der Kläger diese gemäss BGB 372ff hinterlegen, wenn er der Einrede entgegen will.

97 Vgl. dazu vorne § 4.

98 Ähnlich für das deutsche Recht STAUDINGER/KADUK BGB 320 N.12.

99 VON TUHR/ESCHER 62; GUHL/MERZ/KUMMER 48f; für das deutsche Recht STAUDINGER/KADUK BGB 320 N.14; zur gemeinrechtlichen Doktrin eingehend ANDRÉ 48ff. Die mit der nicht gehörig erbrachten oder angebotenen Gegenleistung zusammenhängenden Probleme werden eingehend hinten sub III. behandelt.

100 Vgl. z.B. VON TUHR/ESCHER 93ff; VON BÜREN I/365ff; BECKER OR 97 N.11ff.

II. *Mangelhaftes Angebot der Gegenleistung*

1. *«Form» des Angebots*

a. *Grundsatz: «Realoblation»*

Aus OR 82 ergibt sich, dass der gestützt auf einen vollkommen zweiseitigen Vertrag die Gegenpartei belangende Kläger der Einrede des nicht erfüllten Vertrags entgeht, wenn er «Erfüllung *anbietet*». Sein Leistungsangebot muss nach Lehre und Rechtsprechung¹⁰¹ grundsätzlich *Realoblation* sein, worunter gemäss der vom Bundesgericht geprägten Definition «das *effektive Anbieten* vertragsgemässer Leistung»¹⁰² zu verstehen ist¹⁰³. Der Beklagte könnte sonst nicht sicher sein, die ihm angebotene Gegenleistung Zug um Zug gegen seine eigene Leistung auch wirklich zu erhalten^{103a}. Das Angebot muss grundsätzlich bis zum Entscheid über die Berechtigung der Einrede aufrechterhalten werden^{103b}.

Die Voraussetzungen der Realoblation sind nur erfüllt, wenn die zur (Gegen)leistung verpflichtete Partei alles zur Erfüllung Nötige getan hat, so dass dem Berechtigten «nur die Annahme der Leistung übrigbleibt»¹⁰⁴. Bei Bringschulden muss das Leistungsobjekt an den Erfüllungsort gebracht werden¹⁰⁵; handelt es sich bei der (Gegen)leistung um Arbeiten, so hat sich

101 VON TUHR/ESCHER 61 Anm. 29b; BECKER OR 82 N.21; VON BÜREN I/464; BGE 79 II 279, 79 II 282, vgl. auch BGE 27 II 395.

102 BGE 79 II 282.

103 Anders das französische Recht, das zusätzliche Formalien statuiert: Gemäss Cfr 1258 bildet es Voraussetzung gültiger «offres réelles», «que les offres soient faites par un officier ministériel ayant caractère pour ces sortes d'actes. Vgl. dazu FERID I/276.

103a Gemäss GIGER OR 184 N.189 ist es gleichgültig, wie das Angebot erfolgt, sofern es nur als *erst gemeint* erscheint. Diese Voraussetzung ist aber in der Regel *nur bei der Realoblation erfüllt*.

103b Will der Kläger sich von dieser Obliegenheit befreien, so kann er seine Gegenleistung nach den Vorschriften über den Gläubigerverzug (OR 92) hinterlegen. Denn würde sich der Beklagte zu Unrecht auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrags berufen, so bedeutete dies materiell eine Annahmeverweigerung der gehörig angebotenen Gegenleistung; der Tatbestand des Gläubigerverzugs wäre erfüllt.

104 VON TUHR/ESCHER 71; Obergericht Zug in SJZ 58 1962 57f.

105 VON TUHR/ESCHER 71. Zu den Bringschulden gehört vorbehältlich gegenteiliger Abmachung insbesondere die Geldschuld (vgl. OR 74). Diese kann zwar gemäss Doktrin und Rechtsprechung (vgl. VON TUHR/ESCHER 3 Anm. 28a und dort zitierte Judikatur) durch Posteingahlung gehörig erfüllt werden, soweit der Gläubiger ein Postcheckkonto besitzt, wobei die Schuld nach neuerer Rechtsprechung im Moment der Einzahlung am Postschalter (nicht im Zeitpunkt der Gutschrift) erfüllt wird (ZR 68 1969 Nr. 117 S. 301; SJZ 57 1961 78; a.M. aber GIGER OR 184 N.197). Durch Posteingahlung gibt aber der Schuldner seine Leistung aus der Hand, ohne gleichzeitig die Leistung der Gegenpartei zu erhalten. Will der Geldschuldner nur Zug um Zug gegen Erhalt der Gegenleistung zahlen, so bleibt ihm nichts anderes übrig, als sich an das Domizil des Gläubigers (der Geldschuld) zu begeben und dort Zahlung anzubieten (vgl. auch VON TUHR/ESCHER 71 Anm. 15).

der betreffende Schuldner mit den erforderlichen Werkzeugen und Arbeitsmaterialien am Arbeitsort einzufinden¹⁰⁶.

Ein *unbedingtes Leistungsurteil* und damit einen *Vollstreckungstitel* kann der aus einem vollkommen zweiseitigen Vertrag klagende Gläubiger freilich nur erlangen, wenn er über die Realoblation hinaus die geschuldete Gegenleistung «so sicherstellt, dass sie einerseits von ihm nicht mehr zurückgenommen werden kann, andererseits unzweifelhaft dem Beklagten freigegeben wird, sobald dieser seinerseits erfüllt» (KUMMER ZBJV 106 127). Das bedeutet in der Regel *Hinterlegung* am Erfüllungsort^{106a}. Dass dies vor der Einleitung des Betreibungsverfahrens gegen den Beklagten geschieht, ist nicht notwendig; es genügt, wenn der Kläger im Prozess den Beweis der Hinterlegung antreten kann^{106b}.

b. *Ausnahme: «Verbaloblation»*

Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung genügt aber im Ausnahmefall auch die «*Verbaloblation*» – die bloss *Erklärung*, die Gegenleistung zur Verfügung des Berechtigten zu halten¹⁰⁷ –, nämlich «wenn durch das Erfordernis der Realoblation die vertragliche Verpflichtung des Ansprechers erschwert würde»¹⁰⁸, oder wenn die Umstände des Einzelfalls, insbesondere das Verhalten des Berechtigten, einen Verzicht auf das reale Angebot rechtfertigen. Die erste der genannten Voraussetzungen ist bspw. erfüllt, wenn es sich um eine *Holschuld* handelt¹⁰⁹. Es ist ja diesfalls nicht Sache des Schuldners, sich zum Gläubiger zu begeben und ihm die geschuldete Leistung effektiv anzubieten; der Gläubiger muss vielmehr die ihm zustehende Leistung beim Schuldner abholen.

Die *Umstände* rechtfertigen bspw. Verbaloblation, wenn die effektive Erbringung der (Gegen-)leistung aus einem vom Berechtigten zu verantwortenden Grund zur Zeit nicht möglich ist, so etwa bei Weigerung des Käufers, die geschuldete Ware zu spezifizieren¹¹⁰, oder wenn der Berech-

106 VON TUHR/ESCHER 71.

106a Vgl. dazu BGE 79 II 282f; Rep 90 1957 343; SJZ 60 1964 274; GIGER OR 184 N.189; ENGEL 443f; kritisch JEANPRÊTRE, nach dessen Auffassung die Gegenleistung nicht definitiv zu Gunsten des Beklagten blockiert werden muss. JEANPRÊTRE ist insofern zuzustimmen, als bei dauerndem Verzug des Beklagten ein Schwebezustand eintreten würde, der eine Lösung erfordert: Dem Kläger bleibt die Möglichkeit, bei weiterer Leistungsverweigerung des Beklagten nach OR 107ff vorzugehen und so die hinterlegte Gegenleistung zurückzufordern.

106b Richtig JEANPRÊTRE 285; a.M. ohne Begründung BGE 79 II 282; SJZ 52 1956 112.

107 SJZ 58 1962 58.

108 BECKER OR 82 N.22.

109 BECKER OR 82 N.22; BUCHER 287; BGE 17/701 E.8; Beispiel in SJZ 58 1962 57f: Kauf eines Occasionsautos.

110 GIGER OR 184 N.190; ZBJV 75 1939 367f; vgl. auch BGE 21/792; Pr 5 1916 251ff.

tigte trotz Mahnung die nach den Umständen erforderlichen Vorbereitungs- handlungen oder Weisungen für die Abnahme bzw. beim Kauf auf Abruf den Abruf unterlässt¹¹¹. Ein Verzicht auf Realoblation ist im Übrigen nach Treu und Glauben geboten, wenn der Berechtigte die Annahme der Gegen- leistung von vorneherein ablehnt¹¹², oder wenn dieser bei Vereinbarung ei- nes Kaufs nach Muster die Annahme des vertragskonformen Ausfallmusters verweigert¹¹³. Nach den Umständen erübrigt sich ferner auch Realoblation, wenn die (Gegen)leistung durch blosser Willenserklärung des Verpflichteten bewirkt werden kann, so bspw. wenn es um die Übergabe eines Grundstücks geht.

Verbaloblation genügt aber nur zur Entkräftung der Einrede des nicht erfüllten Vertrags, sofern der Anbietende den Beweis erbringen kann, dass er tatsächlich in der Lage ist, die geschuldete (Gegen)leistung sofort zu liefern^{114/115}.

Die von herrschender Lehre und Rechtsprechung entwickelten Prinzipien über die Zulässigkeit der Verbaloblation in besonders gelagerten Ausnahmefällen sind richtig; sie entsprechen der Interessenlage: Zwar wird durch den Verzicht auf das reale Angebot der Gegenleistung das Zug-um- Zug-Prinzip verwässert, was sich zu Ungunsten des belangten Schuldners auswirkt. Wie gezeigt wurde, ist aber die Verbaloblation gerade nur in Fäl- len am Platz, in welchen entweder der Beklagte selbst die reale Erfüllung der ihm zustehenden Gegenleistung verhindert hat (Verzicht auf die Abhol- lung bei Holschuld, Unterlassen des Abrufs etc.), oder auch die Verbalobla- tion seinen Interessen voll genügt. Es wäre als Verstoss gegen Treu und Glauben zu qualifizieren, wenn er dennoch auf der buchstabengetreuen

- 111 BECKER OR 82 N.22; vgl. analog zu OR 91 ZR 71908 Nr. 135 S. 305 und BGE 16/181 E.3.
- 112 Vgl. ZR 6 1907 Nr. 46 S. 85, 7 1908 Nr. 135 S. 305, 18 1919 Nr. 53 S. 104; BGE 20/981; BUCHER 287.
- 113 BGE 35 II 592f.
- 114 Für die umgekehrte Beweislastverteilung spricht sich BECKER OR 82 N.23 im An- schluss an BGE 35 II 593 aus: Dem Vertragsgegner stehe der Beweis offen, dass der Ansprecher entgegen der Verbaloblation gar nicht zur Vertragserfüllung in der Lage gewesen wäre. Diese Auffassung ist unrichtig: Dass der Kläger effektiv erfüllungsbe- reit ist, ergibt sich nicht schon aus dem verbalen Angebot. Die Erfüllungsbereitschaft gehört als ihn entlastende Tatsache zu seinem Beweisthema.
- 115 Beispiele: Der Ansprecher ist nicht erfüllungsbereit, wenn er nicht im Besitz der für den vertraglich vereinbarten Export der Gegenleistung notwendigen Begleitpapiere ist (BECKER OR 82 N.23). Ebenso fehlt es an der Erfüllungsbereitschaft, wenn der Verkäufer beim Sukzessivlieferungskauf zwar behauptet, die bisherigen Lieferungen erbracht zu haben, diese aber mangelhaft waren: Man kann erwarten, dass er auch in Zukunft nicht besser liefern wird (BIHE 16 1897 123). Nicht erfüllungsbereit ist ein Verkäufer, der sich verpflichtet hat, das verkaufte Auto vorzuführen und ein separat angefertigtes Röhrengestell zu montieren, beides aber noch nicht getan hat (SJZ 58 1962 57f).

Durchführung des Zug-um-Zug-Prinzips bzw. auf der Realoblation beharren und gestützt darauf die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erheben würde.

2. *Inhalt des Angebots*

Ob es sich nun um einen Fall der Real- oder der Verbaloblation handelt, das Angebot ist nur gehörig, wenn die als Erfüllung offerierte (Gegen)leistung *quantitativ und qualitativ dem Inhalt der Schuld entspricht*¹¹⁶. Mit Recht weisen VON TUHR/ESCHER 61 darauf hin, dass das Angebot somit gleich beschaffen sein muss, «wie bei der Inverzugsetzung des Gläubigers nach Art. 91»^{116a}.

III. *Quantitativ mangelhafte Gegenleistung*

1. *Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags bei Ablehnung der angebotenen Teil-Gegenleistung*

Der beklagte Schuldner kann die Einrede des nicht erfüllten Vertrags grundsätzlich solange erheben, bis die Gegenleistung *vollständig* erbracht oder angeboten wird¹¹⁷. So wenig der Berechtigte prinzipiell gemäss OR 69 verpflichtet ist, Teilleistungen zu akzeptieren¹¹⁸, so wenig muss er sich durch das Angebot eines Teils der ihm zustehenden Gegenleistung zur Erbringung seiner eigenen Leistung zwingen lassen. Er ist berechtigt, die Annahme der ihm angebotenen Teil-Gegenleistung zu *verweigern* und sich auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrags zu berufen, auch wenn die Gegenpartei bloss Teilklage pro rata des angebotenen Teils der Gegenleistung erhebt^{119/120}. Nur in Ausnahmefällen, wenn die Gegenleistung fast vollstän-

116 Vgl. dazu BECKER OR 82 N.21.

116a Derjenige Schuldner, der sich im *Gläubigerverzug* befindet, kann die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht erheben. Vgl. VON TUHR/ESCHER 75; VON BÜREN I/419f; JEANPRÊTRE 281; unklar SJZ 48 1952 126.

117 VON TUHR/ESCHER 62; VON BÜREN I/465; GIGER OR 184 N.189; vgl. für das deutsche Recht STAUDINGER/KADUK BGB 320 N.14; LARENZ I/170.

118 Teilleistung muss angenommen werden, wenn dies mit dem Schuldner vereinbart worden ist, wenn die Leistung nach ihrer Beschaffenheit nicht auf einmal vollständig erbracht werden kann, sowie wenn der Rest der Forderung vom Schuldner bestritten wird (vgl. e contrario OR 69 Abs. 1 a.E.). Dazu VON TUHR/ESCHER 15.

119 Vgl. VON BÜREN I/465 und SJZ 48 1952 126; für das deutsche Recht STAUDINGER/KADUK BGB 320 N.15; ENNECCERUS/LEHMANN 141.

120 Bilden aber mehrere Leistungen, von denen nur eine angeboten wird, materiell Gegenstand *verschiedener* (eventuell in einer Urkunde vereinigter) Verträge, so liegt nicht eine Teilleistung vor, die zur Einrede des nicht erfüllten Vertrags berechtigen würde. Beispiel: Gleichzeitiger Kauf mehrerer an verschiedenen Orten gelegener

dig erbracht wird, verstösst das Beharren auf Gesamtleistung gegen Treu und Glauben¹²¹.

2. *Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags bei Annahme der angebotenen Teil-Gegenleistung*

a. *Bei Kenntnis des quantitativen Mangels der Gegenleistung*

Anders ist die Rechtslage, wenn der aus dem vollkommen zweiseitigen Vertrag in Anspruch genommene Schuldner die ihm unvollständig offerierte Gegenleistung *bewusst als Teilleistung annimmt*. Zwar vertreten die deutsche Doktrin und Rechtsprechung gestützt auf BGB 320 Abs. 2¹²² die Auffassung, der belangte Schuldner könne die Einrede des nicht erfüllten Vertrags bezüglich der *ganzen* von ihm geschuldeten Leistung, also auch hinsichtlich des Äquivalents des von ihm angenommenen Teils der Gegenleistung erheben¹²³. Vorbehalten bleibt nach BGB 320 Abs. 2 lediglich die Schranke von Treu und Glauben. Im schweizerischen OR fehlt jedoch eine BGB 320 Abs. 2 entsprechende Rechtsnorm. Es wäre daher verfehlt, die von der deutschen Doktrin und Praxis entwickelten Grundsätze unesehen auf das schweizerische Recht zu übertragen.

Rechtslogische Erwägungen zeigen deutlich, dass derjenige Schuldner, der den ihm angebotenen Teil der Gegenleistung als Teilleistung akzeptiert hat, die Einrede des nicht erfüllten Vertrags grundsätzlich nur bezüglich des noch nicht geleisteten Restes erheben kann¹²⁴: Durch die Annahme der Teilleistung im Wissen, dass der Rest – wenn überhaupt – erst später geliefert werden wird, hat er sich konkludent mit der Umwandlung des ursprünglich einheitlich zu erfüllenden Vertrags in ein sukzessive abzuwickelndes Geschäft einverstanden erklärt, dessen einzelne Lieferungen vorbehaltlich

Bauparzellen (VON TUHR/ESCHER 15). Vgl. auch BGE 44 II 72ff: Kauf von zwei verschiedenen Weinsorten. Ob es sich materiell um *einen* oder um *verschiedene* Verträge handelt, muss durch Auslegung ermittelt werden.

121 Vgl. BGE 75 II 143; RGZ 56/151ff; VON TUHR/ESCHER 14; VON BÜREN I/465; unzutreffend ZBJV 92 1906 41.

122 BGB 320 Abs. 2: «Ist von der einen Seite teilweise geleistet worden, so kann die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismässiger Geringfügigkeit des rückständigen Teiles, gegen Treu und Glauben verstossen würde». Also e contrario: Liegen keine solchen Umstände vor, ist die Verweigerung zulässig.

123 Vgl. STAUDINGER/KADUK BGB 320 N.17, 19; GRÜTER 72.

124 Das gilt natürlich nur, soweit seine Eigenleistung *teilbar* ist. Trifft dies nicht zu, so kann die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erhoben werden, bis die Gegenleistung vollständig erbracht wird. Die Position des belangten Schuldners würde sonst gegenüber dem unkorrekten Vertragspartner geschwächt.

gegenteiliger Abmachung Zug um Zug abzugelten sind¹²⁵. Diese Lösung entspricht auch der Interessenlage: Dürfte der Empfänger einer Teilleistung die Einrede des nicht erfüllten Vertrags bezüglich der *ganzen* von ihm geschuldeten Leistung erheben, so könnte er die empfangene Lieferung als Druckmittel für die Durchsetzung seiner Restforderung verwenden. Er wäre somit gegenüber seinem Vertragspartner taktisch besser gestellt, als wenn er überhaupt nichts erhalten hätte – ein Ergebnis, das nicht einleuchtet und durch das Zug-um-Zug-Prinzip keineswegs gefordert wird. Wenn jemand eine Teilleistung akzeptiert, so entspricht es Treu und Glauben, dass er die dafür geschuldete eigene Leistung auch erbringt. Den Anspruch auf den Rest der (Gegen)leistung kann er mittels den in OR 107ff umschriebenen Rechtsbehelfen¹²⁶ sowie durch Zurückhaltung seiner eigenen Restleistung durchsetzen (OR 82).

Anders muss selbstverständlich entschieden werden, wenn A die von B angebotene Teilleistung nur unter dem Vorbehalt akzeptiert, dass die gesamte Eigenleistung erst nach Lieferung des Restes erbracht werden müsse: Es liegt in diesem Fall keine konkludente Vereinbarung der beidseitigen Sukzessivleistung vor. Vermag sich B mit diesem Vorbehalt nicht abzufinden, so bleibt es ihm ja unbenommen, die Ablieferung der dem A angebotenen Teilleistung vorläufig zu verweigern.

b. *Bei Unkenntnis des quantitativen Mangels der Gegenleistung*

Hat der belangte Schuldner die ihm unvollständig offerierte Gegenleistung *als Erfüllung angenommen*, m.a.W. erkennt er erst nachträglich, dass diese quantitativ mangelhaft ist, so kann er – sofern er selbst noch nicht geleistet hat – hinsichtlich seiner *gesamten* Eigenleistung die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erheben¹²⁷: In der Annahme liegt ja diesfalls nach den Grundsätzen des Vertrauensprinzips kein konkludentes Akzept der beidseitigen Sukzessivleistung. Die Rechtslage ist also gleich, wie wenn er die ihm angebotene Teilleistung von vorneherein zurückgewiesen hätte. Lediglich

125 Richtig BGE 44 II 72: Vertrag über die Lieferung von Alicante- und Montagnerwein. Der Alicante wird rechtzeitig geliefert, während sich die Beschaffung des Montagner verzögert. Der Käufer ist zur Bezahlung des Alicante verpflichtet. Gl.M. auch von BÜREN I/465.

Unzutreffend demgegenüber BGE 38 II 121f und von TUHR/ESCHER 62 Anm. 35, wo ohne nähere Begründung behauptet wird: «So wenig der Käufer Teilleistungen anzunehmen hat, ebensowenig braucht er, solange er nicht das Ganze bekommen hat oder bekommt, den Kaufpreis zu zahlen.»

126 Gl.M. von BÜREN I/465.

127 Vgl. STAUDINGER/KADUK BGB 320 N.16; a.M. JEANPRÊTRE 278.

die Beweislast¹²⁸ verschiebt sich zu seinen Ungunsten: Da sich die Gegenleistung nun in seinem «Machtbereich» befindet und die geltendgemachten quantitativen Mängel möglicherweise von ihm selbst verursacht worden sind¹²⁹, trägt er die Beweislast dafür, dass die Gegenpartei die Gegenleistung nicht vollständig erbracht hat¹³⁰. Dieser auch für das schweizerische Recht selbstverständliche Grundsatz wird in BGB 363 ausdrücklich statuiert.

Ob der beklagte Schuldner die ihm angebotene unvollständige Gegenleistung als Teilleistung oder als gehörige Erfüllung angenommen hat, muss im Einzelfall nach den Grundsätzen des Vertrauensprinzips geklärt werden. Annahme als Erfüllung ist gegeben, «wenn aus dem gesamten Verhalten des Gläubigers zu entnehmen ist, dass er die Leistung als eine im Wesentlichen den nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses zu stellenden Anforderungen entsprechende Leistung ansehen und behalten wolle»¹³¹.

IV. *Schlechterfüllung der Gegenleistung*

1. *Allgemeines*

a. *Begriff der Schlechterfüllung*

Ist die Gegenleistung qualitativ mangelhaft, so verwirklicht sich der Tatbestand der Schlechterfüllung. Handelt es sich dabei um eine Sachleistung¹³², so liegt Schlechterfüllung vor, wenn vorausgesetzte oder zugesicherte Eigenschaften der geschuldeten Sache fehlen¹³³; ist eine Dienstleistung¹³⁴ als Gegenleistung geschuldet, so zeigt sich ein Qualitätsmangel in einem Abweichen von der vom Verpflichteten zu erwartenden Sorgfalt¹³⁵.

128 Vgl. dazu eingehend hinten § 10 B.

129 VON TUHR/ESCHER 32; GIGER OR 197 N.95.

130 VON TUHR/ESCHER 32; GULDENER, Beweiswürdigung und Beweislast 68; GIGER OR 197 N.93; BGE 23 II 1823 und 26 II 806.

131 STAUDINGER/KADUK BGB 363 N.11 und dort zitierte Judikatur.

132 Durch die Sachleistungsobligation verpflichtet sich der Schuldner zur Übergabe einer Sache an den Gläubiger. Bsp.: Kauf, Tausch, Miete, Werkvertrag etc. Dazu NEUENSCHWANDER 22.

133 NEUENSCHWANDER 34.

134 Dienstleistungsobligationen verpflichten den Schuldner, seine Dienste mit der erforderlichen Sorgfalt zu verrichten; ein Leistungserfolg ist nicht geschuldet. Vgl. dazu NEUENSCHWANDER 23.

135 NEUENSCHWANDER 34.

b. *Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags bei qualitativ mangelhafter
Gegenleistung*

aa. *Grundsätzliches*

Der Berechtigte hat Anspruch auf qualitativ einwandfreie Erfüllung. Erbringt der eine Partner des vollkommen zweiseitigen Vertrags eine mangelhafte Leistung, so kann die andere Partei grundsätzlich die Annahme und ihrerseits die Erfüllung ihrer Vertragspflichten verweigern bzw. sich auf die *Einrede des nicht (gehörig) erfüllten Vertrags* (exceptio non (rite)adimpleti contractus) berufen^{136/137}.

Dies gilt prinzipiell auch, wenn der aus dem vollkommen zweiseitigen Vertrag in Anspruch genommene Schuldner die ihm offerierte mangelhafte Gegenleistung abgenommen hat¹³⁸. Die soeben für den Fall der quantitativ mangelhaften Erfüllung entwickelte Argumentation, wonach bei wesentlicher Annahme einer Teilleistung mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrags grundsätzlich nur noch das Äquivalent des ausstehenden Restes der Gegenleistung zurückbehalten werden darf, kann auf den Fall der Schlechterfüllung nicht übertragen werden: Sukzessivleistung ist nur in quantitativer, nicht aber in qualitativer Hinsicht möglich¹³⁹; die Abnahme der qualitativ fehlerhaften Gegenleistung kann also nicht in eine vorläufige Annahme derselben umgedeutet werden.

bb. *Bei Schlechterfüllung einer Stückschuld*

Besondere Probleme ergeben sich, wenn die schlecht erbrachte Gegenleistung eine Stückschuld¹⁴⁰ darstellt: Da die Obligation nur gerade die

136 VON TUHR/ESCHER 62; GUHL/MERZ/KUMMER 48f; STAUDINGER/KADUK 320 N.14. Bezüglich der *Rechtswirkungen* ist die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrags identisch.

137 Handelt es sich allerdings um so minime Mängel, dass das Beharren auf gehöriger Erfüllung reine Schikane bedeuten würde, so wäre die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags rechtsmissbräuchlich; sie würde gegen Treu und Glauben verstossen. Rechtsmissbrauch darf allerdings nur in Extremfällen angenommen werden. Vgl. dazu analog BGE 93 II 317ff: Ist die Erstellung eines für Wettkämpfe geeigneten Schwimmbeckens von 25 m Länge vereinbart und erweist sich dieses nach der Fertigstellung als um ca. 5 cm zu kurz, so darf der Besteller Behebung des Mangels verlangen, ohne gegen Treu und Glauben zu verstossen.

138 Zum Unterschied zwischen Annahme und Abnahme GIGER OR 211 N.10ff. Die Einrede kann aber natürlich nur erhoben werden, solange die eigene Leistung noch nicht erbracht worden ist. Vgl. § 6 bei FN 7–9.

139 OR 69 gilt nur für den Fall der quantitativ fehlerhaften Leistung. Konsequenterweise fehlt eine analoge Norm für die Schlechterfüllung.

140 Eine Stückschuld liegt vor, wenn der geschuldete Gegenstand individuell bestimmt ist. Vgl. dazu VON TUHR/PETER 53. Auch vertretbare Sachen können Gegenstand einer Stückschuld sein. Beispiel: eine vom Kunden einzeln ausgewählte Flasche Wein.

individualisierte Sache erfasst, welche Gegenstand des Vertrags bildet, ist Nachlieferung einer qualitativ vertragskonformen Sache grundsätzlich nicht möglich: Wer antiquarisch eine genau bestimmte Froschauerbibel kauft und nachträglich feststellt, dass das erworbene Exemplar Wurmsspuren aufweist, kann nicht die Lieferung einer zweiten, einwandfreien Bibel verlangen, da sich der Kaufvertrag nur auf das erste Exemplar bezieht¹⁴¹. Gehörige Erfüllung ist darum bei schlecht erfüllten Stückschulden nur noch möglich, soweit *Nachbesserung* verlangt werden kann. Ein solcher Anspruch wird aber gerade beim wohl häufigsten Fall der Stückschuld, beim Stückkauf, von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung abgelehnt¹⁴².

Wie in § 4 nachgewiesen worden ist, dient die Einrede des nicht erfüllten Vertrags der Durchsetzung des Zug-um-Zug-Prinzips. Das gilt selbstverständlich auch für die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags¹⁴³. Konsequenterweise muss man daher die Zulässigkeit der Einrede in jenen Fällen verneinen, in denen das Zug-um-Zug-Prinzip gar nicht mehr verwirklicht werden kann. Das aber trifft bspw. gerade dann zu, wenn die mangelhafte Gegenleistung eine Stückschuld darstellt, deren Nachbesserung nicht verlangt werden kann: Es ist ja diesfalls unmöglich, eine gehörige Leistung zu erzwingen¹⁴⁴. Als Fazit ergibt sich somit, dass die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags hier nicht erhoben werden kann¹⁴⁵.

2. *Beim Kaufvertrag*

a. *Problemstellung*

Das Kaufvertragsrecht statuiert in OR 192–210 eine besondere Regelung der Rechtsfolgen einer Schlechterfüllung des Verkäufers: Die in OR 192–196 umschriebene *Rechtsgewährleistung* beinhaltet eine Gewährspflicht des Verkäufers dafür, dass nicht ein besser berechtigter Dritter dem Käufer kraft eines zur Zeit des Vertragsabschlusses bestehenden subjektiven Rechts

141 Vgl. dazu auch GIGER OR 206 N.14.

142 Gegen Nachbesserungsanspruch BECKER OR 206 N.1, 5; OSER/SCHÖNENBERGER OR 205 N.2; VON BÜREN II/19; BGE 95 II 125f, 91 II 348; ZR 37 1938 Nr. 54 S. 99; unklar BGE 45 II 660ff und 73 II 218ff. – Mit überzeugenden systematisch-teleologisch fundierten Argumenten bejaht demgegenüber GIGER OR 205 N.39ff einen Nachbesserungsanspruch, soweit dem Verkäufer die Reparatur nach ZGB 2 zugemutet werden kann. Ähnlich (allerdings ohne eingehende Begründung) äussern sich GUHL/MERZ/KUMMER 339, FURRER 74 und NEUENSCHWANDER 26 N.24a.

143 Leistung Zug um Zug gegen *gehörige* Gegenleistung.

144 Dem Berechtigten bleiben gegebenenfalls nur Ersatz- und Gewährleistungsansprüche.

145 Richtig STAUDINGER/KADUK BGB 320 N.17 unter Berufung auf RGZ 108/280. GIGER Vorbem. zu OR 197–210 N. 40f, der die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags bei Lieferung eines mangelhaften Kaufgegenstands generell bejaht, erörtert die geschilderte Problematik nicht.

den Kaufgegenstand ganz oder teilweise entwehre¹⁴⁶; die in OR 197–210 geregelte *Sachgewährleistung* begründet die Pflicht des Verkäufers, gegenüber dem Käufer dafür einzustehen, dass die Kaufsache keine Mängel aufweist, die ihren Wert oder ihre Gebrauchstauglichkeit aufheben bzw. erheblich mindern, und dass deren zugesicherte Eigenschaften vorhanden sind¹⁴⁷. In Doktrin und Rechtsprechung ist die Frage umstritten, ob bei einer Schlechterfüllung des Verkäufers neben und unabhängig von dieser Sonderordnung auch die Normen des Allgemeinen Teils des OR Platz greifen¹⁴⁸. Im Rahmen dieser Arbeit ist vor allem die Frage zu klären, ob die Einrede des nicht (gehörig) erfüllten Vertrags bei Lieferung eines mit Rechts- oder Sachmängeln behafteten Kaufgegenstands unabhängig von den Voraussetzungen der Gewährleistungsrechtsbehelfe und neben diesen geltendgemacht werden kann, oder umgekehrt formuliert, ob die Kaufpreiszahlung bei Lieferung einer mangelhaften Kaufsache etwa nur verweigert werden darf, wenn die im Gewährleistungsrecht für die Aufhebung bzw. Wandelung des Kaufvertrags umschriebenen Voraussetzungen erfüllt sind¹⁴⁹.

b. *Die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags im Verhältnis zur Rechtsgewährleistung*

aa. *Eigentumsverschaffung als Inhalt einer Rechtspflicht*

Die gesetzlichen Hauptpflichten der Parteien, die notwendigerweise zum Synallagma des Kaufvertrags gehören, sind in OR 184 Abs. 1 umschrieben: Besitz- und Eigentumsverschaffungspflicht auf Seiten des Verkäufers, Kaufpreiszahlungspflicht auf Seiten des Käufers¹⁵⁰. Übergabe und Eigentumsverschaffung sind also offensichtlich Erfüllungspflichten.

146 Vgl. zum Begriff der Rechtsgewährleistung GIGER OR 192 N.5; GUHL/MERZ/KUMMER 328; FURRRER 20; CAVIN Schweiz. Privatrecht 60.

147 GIGER Vorbem. zu OR 197–210 N.4; vgl. auch CAVIN Schweiz. Privatrecht 70f.

148 *Rechtsgewährleistung*: Für Anwendbarkeit der allgemeinen obligationenrechtlichen Normen unabhängig von OR 192ff GIGER OR 192 N.8ff; OSER/SCHÖNENBERGER OR 192 N.1; nicht ganz klar GUHL/MERZ/KUMMER 328; *dagegen* BECKER OR 192 N.2 und offenbar auch von BÜREN II/15f.

Sachgewährleistung: Für Anwendbarkeit der allgemeinen obligationenrechtlichen Normen unabhängig von OR 197–210 GIGER Vorbem. zu OR 197–210 N.20ff; BURLET 70; MENGHINI 36; *dagegen* u.a. CAVIN, Schweiz. Privatrecht 109ff; BECKER OR 201 N.27, 210. N.6; VON TUHR/ESCHER 97f; SCHUBIGER 108ff; NEUENSCHWANDER 40, 86; FURRRER 35; BGE 100 II 33, 96 II 115ff, 90 II 88, 77 II 249, 63 II 407.

149 Für Anwendung von OR 82 unabhängig von den Voraussetzungen der Art. 197ff GIGER Vorbem. zu OR 197–210 N.40f; *dagegen* ausdrücklich VON TUHR/ESCHER 62 Anm. 36; VON BÜREN I/465; JEANPRÊTRE 279 sowie (für den Mietvertrag) ZR 43 1944 Nr. 51 S. 103f; (für den Lizenzvertrag) ZR 67 1968 Nr. 118 S. 354f.

In der deutschen Literatur wird das Problem eingehend bei BROX 26ff behandelt.

150 Vgl. dazu GIGER OR 184 N.14ff, 77ff, 155ff und vorne § 5 B.

Bezüglich der Eigentumsverschaffungspflicht wird das indessen von VON BÜREN II 15f bestritten. Ausgehend von der Überlegung, dass die Art. 192ff OR auf das römisch-rechtliche Eviktionsprinzip zurückgehen¹⁵¹, behauptet VON BÜREN a.a.O., die Pflicht des Verkäufers, dem Käufer das Eigentum am Kaufgegenstand zu verschaffen, werde durch die Normen über die Rechtsgewährleistung «dementiert»; der Erwerber müsse sich «mit der Besitzübertragung für das Erste zufriedengeben», ohne «die Eigentumsfrage zur Sprache zu bringen». Dass das nicht richtig ist und dass der Käufer sich mit der ihm drohenden Störung des Eigentums nicht abzufinden braucht, ergibt sich schon aus dem Wortlaut von OR 184 Abs. 1: Übergabe und Eigentumsverschaffung werden vom Gesetz völlig gleichgestellt, zu beidem ist der Verkäufer «durch den Kaufvertrag verpflichtet» (OR 184 Abs. 1). Wird aber der Pflichtcharakter der Besitzverschaffung bzw. Übergabe von niemandem bestritten, so ist es auch nicht möglich, an der im gleichen Satz erwähnten Verpflichtung des Verkäufers zur Eigentumsverschaffung zu zweifeln. Die Eigentumsverschaffungspflicht ist ein Essentiale des Kaufvertrags und als solches aus der vertraglichen Struktur gar nicht wegzudenken¹⁵²: Erfüllt der Verkäufer diese Rechtsverschaffungspflicht nicht richtig, so wird also grundsätzlich der Tatbestand der nicht gehörigen Vertragserfüllung verwirklicht, der die entsprechenden im Allgemeinen Teil des OR geregelten Rechtsfolgen auslöst.

bb. Alternative Konkurrenz zwischen OR 82 und OR 192ff

aaa. Das Verhältnis zwischen OR 82 und OR 192ff als Auslegungsproblem

Die in OR 192ff enthaltenen Rechtsgewährleistungsnormen stehen indessen zu den Bestimmungen des Allgemeinen Teils des OR im Verhältnis von *leges speciales* zu *leges generales*; jeder Rechtsgewährleistungssachverhalt erfüllt auch den Tatbestand der nicht gehörigen Erfüllung der Eigentumsverschaffungspflicht, aber nicht umgekehrt¹⁵³. Daraus darf aber nicht

151 Erfüllt der Verkäufer die Eigentumsverschaffungspflicht nicht gehörig (weil z.B. ein Dritter wirklicher Eigentümer der Kaufsache ist oder ein Nutzniessungsrecht daran besitzt), so treten gemäss den am Eviktionsprinzip orientierten Art. 192ff OR die Rechtsfolgen der Rechtsgewährleistung erst ein, wenn der Dritte seine besseren Rechte auf die Kaufsache effektiv geltendmacht, nicht aber, wenn er es vorläufig unterlässt, dem Käufer gegenüber Ansprüche auf die Kaufsache zu stellen (vgl. als Beispiel ZR 33 1934 Nr. 98 S. 229).

Zum römischrechtlichen Eviktionsprinzip eingehend KASER I/550ff.

152 Vgl. dazu eingehend GIGER OR 184 N.78.

153 Die Rechtsgewährleistungsrechtsbehelfe finden nur Anwendung, wenn zusätzlich zum Tatbestand der nicht gehörigen Erfüllung der Eigentumsverschaffungspflicht auch die Voraussetzungen einer vollständigen oder teilweisen Entwehrung erfüllt sind. Dazu GIGER OR 192 N.60ff.

abgeleitet werden, dass die Normen des Allgemeinen Teils nicht anwendbar wären: Die begriffsjuristische Parömie «*lex specialis derogat legi generali*» findet nur Anwendung, soweit sie durch das Ergebnis der *Gesetzesauslegung* nach historischen, systematischen und teleologischen Gesichtspunkten gerechtfertigt wird¹⁵⁴.

bbb. Keine Problemlösung durch Auslegung nach historischen Gesichtspunkten

Die Art. 192ff OR sind historisch bedingt. Sie beruhen auf römisch-rechtlichen bzw. gemeinrechtlichen Wurzeln^{154a} und wurden ins aOR übernommen, ohne dass sich die Gesetzesredaktoren oder die Eidgenössischen Räte der Bedeutung ihres Verhältnisses zu den allgemeinen Normen über die Nichterfüllung klar geworden wären; jedenfalls enthalten die Materialien keine entsprechenden Hinweise¹⁵⁵. Die historische Auslegung liefert also ebenfalls keine schlüssige Lösung für das Konkurrenzproblem zwischen den Art. 192ff und dem Allgemeinen Teil des OR.

ccc. Problemlösung durch Auslegung nach systematisch-teleologischen Gesichtspunkten

Entscheidend sind systematisch-teleologische Gesichtspunkte: Die Art. 192ff OR verschaffen dem Käufer im Vergleich zu OR 82 bzw. 97 insofern eine vorteilhaftere Rechtsstellung, als der Verkäufer gemäss OR 195 für den durch die Entwehrung unmittelbar verursachten Schaden *kausal*, m.a.W. ohne Möglichkeit des Exculpationsbeweises haftet¹⁵⁶. OR 82 gewährt ihm demgegenüber lediglich ein Leistungsverweigerungsrecht, OR 97 eine Verschuldenshaftung des Verkäufers mit Exculpationsmöglichkeit. Dafür sind aber die Rechtsgewährleistungsansprüche wie schon gezeigt auch an strengere Voraussetzungen geknüpft, als die allgemeinen Rechtsfolgen der nicht gehörigen Vertragserfüllung. Es ergibt sich so ein sinnvoller Dualismus zwischen Rechtsgewährleistung und Allgemeinem Teil des OR:

- 154 Vgl. LARENZ, Methodenlehre 2.A.207: «Die Frage, ob die (sich nicht gegenseitig ausschliessenden) Rechtsfolgen der in einem konkreten Sachverhalt zusammentreffenden ... Tatbestände *nebeneinander* ... gelten, oder ob der eine Rechtssatz durch den andern *ausgeschlossen* wird, ist nicht, wie früher überwiegend angenommen wurde, schon nach der formalen Logik zu beantworten, sondern, soweit das Gesetz darüber keine ausdrückliche Bestimmung getroffen hat, eine Frage der *Gesetzesauslegung* ...» Die späteren Auflagen äussern sich diesbezüglich weniger prägnant.
- 154a Vgl. ERNST RABEL: Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte (Leipzig 1902) sowie GIGER OR 192 N.12ff; MEILI 72ff.
- 155 Auch MEILI 65ff erwähnt nichts Gegenteiliges.
- 156 Dazu eingehend GIGER OR 195 N.6ff.

Sind die strengen Voraussetzungen der Rechtsgewährleistung erfüllt, so hat der Käufer den Vorteil der Kausalhaftung des Verkäufers für den durch die Entwehrung verursachten unmittelbaren Schaden. Er kann sich diesfalls selbstverständlich auch auf die Rechtsbehelfe des Allgemeinen Teils beschränken, sofern er dies aus irgendeinem Grunde wünscht¹⁵⁷. Sind lediglich die allgemeinen Voraussetzungen einer Nichterfüllung der Eigentumsverschaffungspflicht gegeben, so stehen dem Käufer nur die Rechtsbehelfe gemäss OR 82 bzw. 97ff offen. Dieses Resultat, eine *alternative Konkurrenz* zwischen den Rechtsgewährleistungsnormen und dem Allgemeinen Teil des OR, beruht zwar nicht auf einer bewussten Entscheidung des historischen Gesetzgebers – dieser hat das Problem gar nicht bedacht¹⁵⁸ –, sondern auf einer an systematisch-teleologischen Gesichtspunkten orientierten *objektivgeltungszeitlichen Auslegung*. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung¹⁵⁹ ist diese massgebend. Hinsichtlich der in der vorliegenden Arbeit behandelten Problematik ergibt sich folgendes Fazit: Der Käufer kann unter Berufung auf die *Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags* die Zahlung des Kaufpreises verweigern, wenn der Verkäufer eine Kaufsache liefert, an der ein Dritter dinglich wirkende Rechte oder Immaterialgüterrechte¹⁶⁰ besitzt¹⁶¹.

c. *Die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags im Verhältnis zur Sachgewährleistung*

aa. *Problemstellung*

Gemäss OR 184 Abs. 1 verpflichtet sich der Verkäufer, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben (Besitzverschaffung) und ihm das Eigentum daran zu verschaffen. Weist der gelieferte Kaufgegenstand Mängel i.S. von OR 197¹⁶² auf, so wird der Verkäufer sachgewährleistungspflichtig. In Doktrin und Rechtsprechung ist indessen die Frage umstritten, ob er mit der Lieferung eines mangelhaften Kaufgegenstands gleichzeitig auch den Tatbestand der nicht gehörigen Erfüllung verwirklicht, m.a.W. ob die Qualität der

157 Gl.M. GIGER OR 192 N.9; GUHL/MERZ/KUMMER 328; OSER/SCHÖNENBERGER OR 192 N.1; FURRER 19; vgl. auch ZR 64 1965 Nr. 166 S. 280ff.

158 Missverständnis GIGER OR 192 N.7 und 9, der von einem «Willen» («wollte») des Gesetzgebers spricht. Ein solcher subjektiver Wille ist aus den Materialien nicht ersichtlich. GIGER a.a.O. meint wohl den objektiven «Willen des Gesetzes».

159 Vgl. z.B. GERMANN 96ff; BGE 81 I 282, 78 I 30, 63 II 155f.

160 GIGER OR 192 N.6.

161 Im Ergebnis gleich für das deutsche Recht BROX 30.

162 Ein Mangel i.S. von OR 197 liegt nur vor, wenn der Kaufsache zugesicherte Eigenschaften fehlen, oder wenn sie mit Mängeln behaftet ist, die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern.

Kaufsache zum Inhalt seiner vertraglichen Leistungspflicht gehört. Wäre diese Frage zu bejahen, so würde die Sachgewährleistung eine Rechtsfigur im Rahmen der Folgen der nicht gehörigen Vertragserfüllung darstellen. Es müsste also das Konkurrenzverhältnis zwischen den Art. 197ff OR und dem Allgemeinen Teil des OR, in dieser Arbeit insbesondere OR 82, näher untersucht werden. Würde die Frage aber verneint, so wäre die Sachgewährleistung eine auf Gesetz beruhende sekundäre Rechtspflicht des Verkäufers, die mit nicht gehöriger Vertragserfüllung nichts zu tun hat. Die Frage nach der Konkurrenz zwischen OR 197ff und OR 97ff bzw. 82 würde sich in diesem Fall gar nicht stellen.

bb. Qualität der Kaufsache als Vertragsinhalt

aaa. Beim Gattungskauf

Beim Gattungskauf schuldet der Verkäufer dem Käufer die Lieferung einer durch gattungsmässige Eigenschaften, u.a. durch Qualitätsmerkmale bestimmten Sache¹⁶³. Diese hat – besondere Vereinbarung vorbehalten – nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift zumindest von mittlerer Qualität zu sein¹⁶⁴. Ist sie mangelhaft, so kann der Käufer gemäss OR 206 Nachlieferung «währhafter Ware» verlangen¹⁶⁵. Beim Gattungskauf bezieht sich also die Leistungspflicht des Verkäufers nach praktisch unbestrittener Auffassung auch auf die Qualität der Kaufsache¹⁶⁶. Liefert der Verkäufer einen Kaufgegenstand, der den Gattungsmerkmalen nicht entspricht und innerhalb der vereinbarten Gattung nicht mindestens mittlere Qualität aufweist, so erfüllt er seine Vertragspflichten nicht bzw. nicht gehörig.

bbb. Beim Stückkauf

aaaa. Behandlung des Problems in der Doktrin und kritische Würdigung

Beim Stückkauf wird die vom Verkäufer zu liefernde Kaufsache durch Individualmerkmale umschrieben¹⁶⁷. Der Verkäufer schuldet eine bestimmte Lithographie von Picasso, ein bestimmtes englisches Schreibpult

163 Beispiele: Tischwein Magdalener, Kleidersamt I. Wahl. Vgl. dazu GIGER Vorbem. zu OR 197–210 N.14; NEUENSCHWANDER 24.

164 Vgl. OR 71 Abs. 2.

165 OR 206 spricht zwar vom Kauf «vertretbarer Sachen». Gemeint ist aber nach herrschender Lehre und Rechtsprechung der Gattungskauf. Vgl. u.a. GIGER OR 206 N.4; VON TUHR/PETER 54 N.7.

166 GIGER Vorbem. zu OR 197–210 N.14; CAVIN Sem jud 9/1969 337f; NEUENSCHWANDER 24; SCHUBIGER 6f.

167 GIGER Vorbem. zu OR 197–210 N.16.

usw. Erweist sich die Kaufsache als mangelhaft, so kann der Käufer daher im Gegensatz zur Situation beim Gattungskauf vom Verkäufer nicht verlangen, dass ihm ein mängelfreier Gegenstand nachgeliefert werde. Da ja eine genau bestimmte Sache geschuldet ist, wäre das undurchführbar. Daraus zieht die herrschende Lehre den Schluss, dass der Käufer beim Stückkauf *keinen Realerfüllungsanspruch* auf eine gehörige Leistung besitzt¹⁶⁸. Und weiter wird von einem Teil der Doktrin gefolgert, die Qualität der Kaufsache gehöre beim Stückkauf somit *nicht* zum Vertragsinhalt; auch bei Lieferung eines mangelhaften Kaufgegenstands erfülle der Verkäufer seine Vertragspflichten gehörig¹⁶⁹. Die Sachgewährleistungspflicht des Verkäufers sei daher hier nicht eine Rechtsfolge der nicht gehörigen Vertragserfüllung, der Verkäufer habe vielmehr von Gesetzes wegen «für einen Erfolg einzustehen, zu dessen Herbeiführung (er) sich ... nicht verpflichtet hat: echte Gewährleistungspflicht»¹⁷⁰.

Diese begriffsjuristisch anmutende Argumentation überzeugt indessen nicht. Wie GIGER¹⁷¹ richtig feststellt, dürfen die Verkäuferpflichten «nicht ausschliesslich von den *Rechtsfolgen* einer allfälligen Vertragsverletzung her beurteilt werden». Ob für einen Anspruch die Erfüllungsklage zulässig ist oder ob dieser in einen Schadenersatzanspruch umgewandelt wird, ist – wie RABEL II/105 pointiert formuliert – «eine reine Frage der Zweckmässigkeit». Das Pferd würde gewissermassen am Schwanz aufgezäumt, wenn man von der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Erfüllungsklage auf den Inhalt der vertraglichen Verpflichtung schliessen wollte.

Ob die Qualität der Kaufsache auch beim Stückkauf Inhalt der vertraglichen Verpflichtungen des Verkäufers bildet, muss durch *Auslegung* der Art. 184 und 197ff OR ermittelt werden.

bbbb. Auslegung nach historischen Gesichtspunkten

Die Auffassung, wonach die Qualität der Kaufsache beim Stückkauf nicht zum Vertragsinhalt gehöre, wird teilweise durch Hinweis auf die

168 Wie hinten S. 82 nachgewiesen wird, trifft diese Auffassung nur bedingt zu, weil dem Käufer unter Umständen ein *Nachbesserungsanspruch* zusteht.

169 BECKER Vorbem. zu OR 197–210 N.1; VON TUHR/ESCHER 2; VON BÜREN I/384, II/19; CAVIN Sem jud 91 1969 333ff; CAVIN, Schweiz. Privatrecht 110; für das deutsche Recht grundlegend SCHOLLMAYER 97ff; SÜSS 225; vgl. auch LARENZ II/58.

170 SCHOLLMAYER 93ff. Dieser Autor hat wohl als erster Erfüllungspflicht und Gewährleistung begrifflich und materiell scharf voneinander abgegrenzt: Erfüllungspflicht ist «die Verpflichtung des Schuldners, die geschuldete Leistung an den Gläubiger in Schuldtilgungsabsicht zu leisten», Gewährleistung demgegenüber die «Verpflichtung, für die Freiheit von Sachmängeln gewisser Art und für das Vorhandensein zugesicherter Eigenschaften einzustehen» (SCHOLLMAYER 93).

171 GIGER Vorbem. zu OR 197–210 N.17 (Hervorhebung durch mich).

historischen Wurzeln der Sachgewährleistung begründet¹⁷². Dieses Argument geht fehl:

Im klassischen römischen Recht bestand eine Gewährleistungspflicht des Verkäufers für Mängel der verkauften Sache beim Kauf von Sklaven und Zugvieh. Sie beruhte nicht auf dem Kaufvertrag, sondern auf dem Edikt der *curules aediles*¹⁷³, also auf Gesetz. Aber daneben gewährte das *ius civile* der klassischen Zeit dem Käufer auch eine *actio empti* für *dicta in mancipio* (förmliche Zusagen anlässlich der Mancipation), sowie für *promissa*. Die letzteren beinhalten eine *vertragliche* Zusicherung bestimmter Eigenschaften der Kaufsache¹⁷⁴. Soweit es sich um *promissa* handelt, kann also auch für das klassische römische Recht die Auffassung nicht aufrecht erhalten werden, dass die Qualität der Kaufsache nicht Vertragsinhalt bilde.

Im nachklassischen römischen Recht verschmolz die auf den aedilischen Edikten beruhende Sachgewährleistung mit der Sachmängelhaftung für *dicta* und *promissa*. Die Sachgewährleistungspflicht des Verkäufers beruht nun unmittelbar auf dem *Kaufvertrag*; der Verkäufer haftet *ex empto*¹⁷⁵, also aufgrund seiner vertraglichen Verpflichtungen, und nicht bloss gestützt auf gesetzliche Anordnung. In dieser Form wurde die Sachgewährleistung im germanischen Rechtskreis rezipiert und über die Doktrin des gemeinen Rechts in die modernen Kodifikationen übernommen¹⁷⁶.

Mit historischen Argumenten kann also die Auffassung, die Qualität der Kaufsache gehöre nicht zum Vertragsinhalt, nicht begründet werden.

cccc. Auslegung nach rechtslogisch-systematischen Gesichtspunkten

Auch rechtslogisch-systematische Gesichtspunkte legen den Schluss nahe, dass der Verkäufer beim Stückkauf ebenfalls verpflichtet ist, eine Kaufsache von gehöriger Qualität zu liefern. Vorne ist nachgewiesen worden, dass die Qualität jedenfalls beim Gattungskauf nach praktisch unbestrittener Lehre zum Vertragsinhalt gehört. Ist aber der Unterschied zwischen Gattungs- und Stückkauf derart gross, dass für den letzteren diesbezüglich eine fundamental abweichende Rechtsauffassung vertreten werden kann? Die Frage muss verneint werden.

172 Vgl. CAVIN Sem jud 91 1969 332 und (bezüglich zugesicherter Eigenschaften) STAUFFER ZBJV 80 1944 148ff.

173 D.21.1.1.1. Vgl. dazu eingehend KASER I/559f.

174 Vgl. D.21.2.31 und KASER I/560; GIGER OR 197 N.8. STAUFFER ZBJV 80 1944 145ff und ihm folgend das Bundesgericht in BGE 73 II 220 knüpfen die Zusicherung historisch unter Verkennung der Bedeutung des *promissum* einseitig an das *dictum an*.

175 D.19.1.13 pr; D.21.1.1. pr und int. 63. Dazu eingehend KASER II/393f; FLUME 58f.

176 Vgl. RABEL II/102ff.

– *Unzutreffend* ist es, wenn behauptet wird, der Käufer besitze beim Stückkauf im Gegensatz zum Gattungskauf generell keinen Realerfüllungsanspruch auf eine mangelfreie Leistung. GIGER OR 205 N.42 hat überzeugend nachgewiesen, dass dieser in analoger Anwendung von OR 368 Abs. 2 Nachbesserung der mangelhaften Kaufsache verlangen kann, wenn dies dem Verkäufer nach Treu und Glauben zumutbar ist¹⁷⁷. Dies trifft zu, wenn die Nachbesserung möglich ist, ohne dass Kosten entstehen, die im Verhältnis zum Wert der Kaufsache als übersetzt erscheinen¹⁷⁸.

– Die Abgrenzung zwischen Stückkauf und Gattungskauf kann im Einzelfall oft willkürlich erscheinen. Macht es tatsächlich einen so grossen Unterschied, ob der Käufer im Warenhaus «eine der Vasen zu x Fr.» verlangt, von denen ein Dutzend identischer Stücke im Regal steht, oder ob er die erste Vase von links auswählt, die zufälligerweise gerade mit einem Mangel behaftet ist?¹⁷⁹ Die Interessenlage ist in beiden Fällen gleich!

– Je mehr Merkmale der vereinbarten Gattung vertraglich präzisiert werden, desto kleiner wird die Zahl der zu ihr gehörenden Objekte¹⁸⁰ und desto grösser die Annäherung an den Stückkauf. Ist eine Sache aus einer eng umgrenzten Gattung geschuldet, so kann die Realerfüllung analog wie beim Stückkauf infolge Untergangs der Gattung unmöglich werden. Ein Weinhändler ist nur dann verpflichtet, seinem Abnehmer einwandfreien Wein eines alten Jahrgangs nachzuliefern, wenn diese Weinsorte noch existiert¹⁸¹.

Es ergibt sich, dass der Stückkauf mit dem Gattungskauf so eng verwandt ist, dass eine grundlegend abweichende rechtliche Behandlung dieser beiden Kaufvertragstypen nicht gerechtfertigt sein kann, wenn man dem Grundsatz gerecht werden will, ähnliche Rechtsfiguren möglichst analog zu behandeln und so die Einheit der Rechtsordnung zu wahren. Es darf daher nicht beim Stückkauf die Qualität der Kaufsache als Vertragsinhalt verneint und beim Gattungskauf bejaht werden.

177 Gl.M. GUHL/MERZ/KUMMER 339; FURRER 74; ähnlich NEUENSCHWANDER 26 Anm. 24a; a.M. BECKER OR 206 N.1 und 5; OSER/SCHÖNENBERGER OR 205 N.2; VON BÜREN II/19; BGE 95 II 125f, 91 II 348. Wie GIGER OR 205 N.36 gezeigt hat, ist indessen die bundesgerichtliche Rechtsprechung bezüglich der Ablehnung des Nachbesserungsanspruchs nicht völlig eindeutig (vgl. BGE 45 II 660ff und 73 II 218ff).

178 Beispiel: Beim Kauf einer antiken Stabell mit defektem Bein ist dem Verkäufer in der Regel eine Reparatur durchaus zuzumuten, soweit er auch als Restaurateur tätig ist.

179 Das Beispiel wird bei BROX 39 erwähnt.

180 Begrenzte Gattungsschuld bzw. «gemischt-generische Obligation». Vgl. dazu BECKER OR 71 N.2; GIGER OR 206 N.14; Beispiel in BGE 91 II 344: Serienfahrzeug, das nach Marke, Modell und Farbe bestimmt ist.

181 GIGER OR 206 N.14.

dddd. *Auslegung nach teleologischen Gesichtspunkten*

Entscheidend ist indessen die Auslegung von Art. 184 OR nach teleologischen Gesichtspunkten. Gemäss dem Vertrauensprinzip wird Vertragsinhalt, was nach Treu und Glauben von der einen Partei als Inhalt der rechtsgeschäftlichen Erklärung der andern Partei verstanden werden durfte und musste. Dazu gehört zweifellos in der Regel die Qualität der Kaufsache. Auch beim Stückkauf wird der Kaufgegenstand unter Berücksichtigung seiner Eigenschaften ausgewählt. Das gilt sowohl hinsichtlich der zugesicherten als auch der vorausgesetzten Eigenschaften: Sichert der Verkäufer bestimmte Vorzüge der Kaufsache zu, so muss das nach Treu und Glauben von der Gegenpartei dahingehend interpretiert werden, dass er für deren Vorhandensein auch eintreten wolle¹⁸². Schweigt der Verkäufer, so darf der Käufer nach dem Vertrauensprinzip annehmen, dass die Kaufsache nicht vom durchschnittlichen Qualitätsstandard abweicht. *Auch beim Stückkauf gehört also die Qualität des Kaufgegenstands zum Vertragsinhalt*¹⁸³; liefert der Verkäufer eine Kaufsache, der die zugesicherten Eigenschaften fehlen oder die mit Mängeln behaftet ist, *so erfüllt er seine vertraglichen Pflichten nicht gehörig*.

cc. *Alternative Konkurrenz zwischen OR 82 und OR 197ff*

aaa. *Das Verhältnis zwischen OR 82 und OR 197ff als Auslegungsproblem*

Die in OR 197ff statuierten Sachgewährleistungsnormen stehen im Verhältnis zu den Bestimmungen des Allgemeinen Teils des OR im Verhältnis von *leges speciales* zu *leges generales*; jeder Sachgewährleistungsfall er-

182 Die Zusicherung ist also eine *rechtsgeschäftliche Garantieübernahme* (gl. M. GIGER OR 197 N.6ff; OSER/SCHÖNENBERGER OR 197 N.8 und ältere Bundesgerichtspraxis (BGE 60 II 441; 56 II 428ff); vgl. auch MERZ, Festschrift Guhl 96 Anm. 15 sowie für das deutsche Recht SOERGEL/SIEBERT/BALLERSTEDT BGB 459 N.23 und RGZ 161/337. Als *bloße Vorstellungsausserung*, die nicht Vertragsinhalt bilde und lediglich gestützt auf Treu und Glauben zu einer gesetzlichen Haftung führe, wird die Zusicherung u.a. von STAUFFER ZBJV 80 1944 145ff; von TUHR/PETER 176 Anm. 18 sowie BGE 71 II 241, 73 II 220 und 88 II 416 qualifiziert. Diese in der schweizerischen Doktrin wesentlich von STAUFFER begründete Auffassung wird vor allem damit motiviert, dass die Zusicherung im römischen Recht als *dictum in mancipio* nicht Vertragsinhalt geworden sei. Es wird dabei aber vernachlässigt, dass die Zusicherung bei den Römern auch in die vertragliche Form des *promissum* gekleidet werden konnte. Vgl. dazu vorne bei FN 174.

183 Gl.M. GIGER Vorbem. zu OR 197–210 N.17; NEUENSCHWANDER 25; MERZ, Festschrift Guhl 96 Anm. 15; SCHUBIGER 9; für das deutsche Recht u.a. RABEL II/106; BROX 46ff; RGZ 52/352ff, 129/280ff; a.M. die vorne FN 169 zitierte Literatur.

füllt auch den Tatbestand der nicht gehörigen Erfüllung, aber nicht umgekehrt¹⁸⁴. Wie vorne analog für das Verhältnis zwischen der Rechtsgewährleistung und dem Allgemeinen Teil des OR nachgewiesen worden ist, darf aber nicht einfach aus dieser Tatsache abgeleitet werden, dass die Normen über die nicht gehörige Vertragserfüllung auf Sachgewährleistungsfälle nicht anwendbar wären. Die Natur des Verhältnisses von OR 197ff und OR 82 bzw. 97ff ergibt sich vielmehr aufgrund einer Auslegung nach historischen, systematischen und teleologischen Gesichtspunkten¹⁸⁵.

bbb. Praktische Bedeutung des Konkurrenzproblems

Die Frage, ob OR 82 bei Lieferung einer mangelhaften Kaufsache unabhängig von den Art. 197ff OR Platz greift, hat erhebliche praktische Bedeutung. Muss sie bejaht werden, so darf der Käufer gestützt auf die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags die Kaufpreiszahlung verweigern, selbst wenn die Mängel nicht die in OR 197 Abs. 1 umschriebene Intensität erreichen¹⁸⁶, oder wenn die Wandelung gestützt auf OR 205 Abs. 2 vom Richter abgelehnt und bloss auf Minderung erkannt wird¹⁸⁷.

GIGER¹⁸⁸ hat die Konkurrenzproblematik zwischen den Art. 197ff und den allgemeinen Rechtsbehelfen bei nicht gehöriger Vertragserfüllung vor allem im Hinblick auf die Frage behandelt, ob sich der Käufer auf die Art. 97ff berufen kann, wenn er die in OR 201, 210 bzw. 219 umschriebenen formellen Voraussetzungen der Sachgewährleistungsklagen nicht erfüllt, m.a.W. die in diesen Normen statuierten Fristen verpasst hat. Demgegenüber hat das Problem, ob sich der Käufer auf OR 82 stützen kann, wenn er diese Fristen nicht eingehalten hat, keine so grosse Bedeutung: Da sich OR 82 primär auf die Zug um Zug abzuwickelnden synallagmatischen Verträge bezieht, bedeutet die auf die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags gestützte Verweigerung der Kaufpreiszahlung in der Regel auch eine Verwei-

184 Die Sachgewährleistungsrechtsbehelfe finden nur Anwendung, wenn zusätzlich zum Tatbestand der Schlechterfüllung folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

– Erheblichkeit des Sachmangels i.S. von OR 197

– rechtzeitige Rüge gemäss OR 201

– Klage innert der Frist von OR 210 bzw. 219.

185 Vgl. dazu vorne FN 154.

186 Ein im Rahmen der Sachgewährleistung beachtlicher Mangel liegt nur vor, wenn entweder zugesicherte Eigenschaften fehlen, oder die Kaufsache «körperliche oder rechtliche Mängel» hat, «die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern» (OR 197 Abs. 1). Vgl. dazu eingehend GIGER OR 197 N.68ff.

187 Auch wenn auf Wandelung geklagt ist, steht es dem Richter gemäss OR 205 Abs. 2 frei, «bloss Ersatz des Minderwerts zuzusprechen, sofern die Umstände es nicht rechtfertigen, den Kauf rückgängig zu machen». Vgl. dazu GIGER OR 205 N.50ff.

188 GIGER Vorbem. zu OR 197–210 N.20ff.

gerung der Annahme der Zug um Zug angebotenen mangelhaften Kaufsache, womit der Käufer die in OR 201 statuierte Obliegenheit sofortiger Mängelrüge erfüllt, sofern er bei der Zurückweisung der angebotenen Kaufsache die Mängel nur genügend klar umschreibt (Obliegenheit der Abgabe einer *substantiierten* Mängelrüge¹⁸⁹). Die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags wird in diesem Zusammenhang nur bedeutsam, wenn der Verkäufer *vorleistungspflichtig* ist¹⁹⁰ und der Käufer aus irgendeinem Grunde die rechtzeitige Rüge der in seinen Besitz übergegangenen mangelhaften Kaufsache unterlassen hat: Sofern eine alternative Konkurrenz zwischen OR 82 und OR 197ff besteht, kann der Käufer diesfalls die Kaufpreiszahlung gestützt auf die Einrede verweigern.

Als Ersatzrechtsbehelf für den Fall, dass der Käufer die in OR 210 bzw. 219 umschriebenen Klagefristen für die Gewährleistungsrechtsbehelfe¹⁹¹ verpasst hat, spielt die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags ebenfalls eine geringe Rolle, da die Sachgewährleistungsrechtsbehelfe gemäss OR 210 Abs. 2 auch später noch als *Einrede* gegen die Kaufpreisforderung des Verkäufers geltendgemacht werden können, sofern der Käufer vor Ablauf der Verjährungsfrist wenigstens Mängelrüge erhoben hat.

ccc. Keine Problemlösung durch Auslegung nach historischen Gesichtspunkten

Wie die Rechtsgewährleistung sind auch die Art. 197ff OR historisch bedingt. Diese beruhen ebenfalls auf römisch-rechtlichen¹⁹² bzw. gemeinrechtlichen Wurzeln und wurden ins aOR übernommen, ohne dass sich die Gesetzesredaktoren oder die Eidgenössischen Räte über ihr Verhältnis zu den allgemeinen Normen über die Nichterfüllung besondere Gedanken gemacht hätten; die Materialien enthalten jedenfalls keine entsprechenden Hinweise¹⁹³. Die historische Auslegung trägt also zur Lösung des Konkurrenzproblems zwischen OR 197ff und dem allgemeinen Teil des OR nichts bei.

189 Dazu eingehend GIGER OR 201 N.62ff und dort zitierte Judikatur; für das deutsche Recht analog BRÜGGEMANN HGB 377 N.23. Die Mängelrüge soll grundsätzlich so klar und detailliert sein, dass der Verkäufer die Möglichkeit hat, Art, Inhalt und Umfang der Beanstandung zu ermitteln (BGE 24 II 68).

190 Vorne in § 6C.I ist nachgewiesen worden, dass sich der Gläubiger einer Vorleistung grundsätzlich auch auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages berufen kann, wenn diese nicht (bzw. mangelhaft) erbracht wird und die Gegenpartei von ihm die Gegenleistung fordert.

191 Bei Mobilien verjähren die Sachgewährleistungsklagen ein Jahr nach der Ablieferung (OR 210 Abs. 1), bei Immobilien fünf Jahre nach dem Eigentumserwerb (OR 219 Abs. 3).

192 actio redhibitoria und actio quanti minoris. Vgl. dazu eingehend KASER I/559f.

193 Auch MEILI 112ff stellt nichts anderes fest.

Systematisch-teleologische Gesichtspunkte geben den Ausschlag: Die Art. 197ff OR gewähren dem Käufer insofern eine im Vergleich zu den in OR 82 und 97ff umschriebenen Rechtsbehelfen vorteilhaftere Position, als der Verkäufer einerseits gemäss OR 208 für den infolge der Lieferung eines mangelhaften Kaufgegenstands entstandenen unmittelbaren Schaden kausal haftet bzw. nur hinsichtlich des mittelbaren Schadens eine Exculpationsmöglichkeit besitzt¹⁹⁴ und andererseits eine Auflösung (Wandelung) des Kaufvertrags unabhängig von den in OR 107ff genannten Voraussetzungen herbeigeführt werden kann. OR 82 verschafft dem Käufer demgegenüber lediglich ein Leistungsverweigerungsrecht, OR 97ff eine Verschuldenshaftung des Verkäufers mit genereller Exculpationsmöglichkeit. Dafür sind aber die Sachgewährleistungsrechtsbehelfe auch an strengere Voraussetzungen geknüpft als die allgemeinen Rechtsfolgen der nicht gehörigen Vertragserfüllung: Es muss ein Mangel vorliegen, der die in OR 197 Abs. 1 umschriebene Intensität erreicht und es müssen die in OR 201, 210 bzw. 219 erwähnten Formalien (rechtzeitige Mängelrüge und Klage) erfüllt sein. Das führt wie bei der Rechtsgewährleistung zu einem *sinnvollen Dualismus* zwischen Sachgewährleistung und den allgemeinen Normen über die Nichterfüllung: Sind die strengen Voraussetzungen der Sachgewährleistung erfüllt, so hat der Käufer den Vorteil der Kausalhaftung des Verkäufers für den durch die Lieferung einer mangelhaften Kaufsache bewirkten unmittelbaren Schaden und kann den Vertrag ohne Ansetzung einer Nachfrist wandeln. Es ist ihm selbstverständlich in diesem Fall auch unbenommen, sich lediglich auf die Rechtsbehelfe des Allgemeinen Teils des OR zu berufen, wenn er dies aus irgendeinem Grunde wünscht¹⁹⁵. Sind lediglich die allgemeinen Voraussetzungen einer Schlechterfüllung, nicht aber diejenigen der Sachgewährleistung gegeben, so stehen dem Käufer immerhin die auf dem Allgemeinen Teil des OR beruhenden Rechtsbehelfe zur Verfügung¹⁹⁶.

194 Dazu eingehend GIGER Vorbem. zu OR 197–210 N.26. Zur Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden GIGER OR 208 N.34ff.

195 Gl.M. herrschende Lehre und Gerichtspraxis: GIGER Vorbem. zu OR 197–210 N.26ff; OSER/SCHÖNENBERGER OR 197 N.6; BGE 17/317, 26 II 558, 41 II 736, 58 II 210ff, 63 II 401ff, 82 II 139, unklar 100 II 33; kritisch demgegenüber CAVIN, Schweiz. Privatrecht 109ff.

196 Gl.M. mit eingehender Begründung GIGER Vorbem. zu OR 197–210 N.26ff; vgl. auch BURLET 70; MENGHINI 36; OSER/SCHÖNENBERGER OR 197 N.6; a.M. die herrschende Lehre und Rechtsprechung, die sich aber mit Ausnahme von NEUENSCHWANDER 35 nur auf die Möglichkeit der allgemeinen Schadenersatzklagen nach Ablauf der in OR 201, 210 bzw. 219 statuierten Verwirkungs- und Verjährungsfristen, nicht aber bei Fehlen der in OR 197 umschriebenen Mangelintensität bezieht: CAVIN, Schweiz. Privatrecht 109ff; VON TUHR/ESCHER 97f; SCHUBIGER 108ff; FURRER 35; BGE 58 II 212, 63 II 407, 77 II 249, 90 II 88, 96 II 115ff.

Dieses Ergebnis, eine *alternative Konkurrenz* zwischen den Sachgewährleistungsnormen und OR 82 bzw. 97ff, beruht zwar nicht auf einer bewussten Entscheidung des historischen Gesetzgebers – dieser hat das Problem wie bei der Rechtsgewährleistung gar nicht bedacht¹⁹⁷ –, sondern auf einer systematisch-teleologisch fundierten *objektiv-geltungszeitlichen Gesetzesauslegung*¹⁹⁸. Es ergibt sich also folgendes Fazit: Der Käufer kann unabhängig von den Voraussetzungen der Sachgewährleistung gestützt auf die *Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags* die Kaufpreiszahlung verweigern, wenn der Verkäufer ihm eine mangelhafte Kaufsache liefert¹⁹⁹.

E. Irrelevanz des Verschuldens

Ziel der Einrede des nicht erfüllten Vertrags ist die Durchsetzung des Zug-um-Zug-Prinzips. Die in OR 82 umschriebene «Ordnung in der Erfüllung»²⁰⁰ soll sichergestellt und damit das Gleichgewicht zwischen den Parteien im vollkommen zweiseitigen Vertrag gewahrt werden. Dieser von den Schadenersatzrechtsbehelfen völlig abweichenden Zielsetzung entspricht es, dass die Einrede *kein Verschulden* der die Gegenleistung nicht oder nicht gehörig erbringenden Vertragspartei voraussetzt²⁰¹. Dieser Grundsatz scheint gerade für die schweizerische Doktrin so selbstverständlich zu sein, dass er praktisch nirgends ausdrücklich formuliert wird.

197 Vgl. vorne bei FN 158.

198 Diese ist nach herrschender Lehre und Rechtsprechung massgebend, vgl. vorne FN 159.

199 Im Ergebnis gleich GIGER Vorbem. zu OR 197–210 N.40f; vgl. für das deutsche Recht BROX 76ff; RABEL II/106 Anm. 18; RGZ 53/73, 66/279.

200 Marginale zu OR 82.

201 Für das deutsche Recht STAUDINGER/KADUK BGB 320 N.3; ENNECCERUS/LEHMANN 142; RGZ 145/282.

§ 7 ZGB 2 als Schranke der Einrede des nicht erfüllten Vertrags

A. Allgemeines

Unzulässig ist eine rechtsmissbräuchliche Rechtsausübung (ZGB 2). Das gilt auch für die Einrede des nicht erfüllten Vertrags. Ob im Einzelfall aus diesem Grunde der aus dem vollkommen zweiseitigen Vertrag in Anspruch genommenen Partei die Einrede versagt werden muss, kann nur gestützt auf die konkreten Umstände entschieden werden. Der im Folgenden beschriebene Katalog typischer Tatbestände hat daher nur exemplifikativen Charakter.

B. Typische Tatbestände rechtsmissbräuchlicher Erhebung der Einrede

I. Zweckwidrige Rechtsausübung

Der Grundsatz von Treu und Glauben (ZGB 2) verbietet eine zweckwidrige Rechtsausübung¹. Unzulässig ist daher die Einrede des nicht erfüllten Vertrags, wenn das mit diesem Rechtsbehelf im Allgemeinen verfolgte legislatorische Ziel – die Durchsetzung des Zug-um-Zug-Prinzips mittels Verweigerung der eigenen Leistung bis zur Erbringung der Gegenleistung² – unter den konkreten Umständen des Einzelfalls durch die Erhebung der Einrede geradezu durchkreuzt wird. Das trifft etwa zu, wenn die Geltendmachung der Einrede nicht nur zu einer Verzögerung, sondern zwingend zu einer endgültigen Vereitelung der Ansprüche der Gegenpartei führt. Aus diesem Grunde muss dem aufgrund des vollkommen zweiseitigen Vertrags in Anspruch genommenen Schuldner die Einrede versagt werden, wenn seine Leistung in einer *Unterlassungspflicht*³ besteht und die unter Be-

1 Vgl. dazu eingehend MERZ ZGB 2 N.285ff.

2 Dazu eingehend vorne § 3C.

3 Das deutsche Reichsgericht hegte in seiner älteren Praxis generelle Bedenken gegen die Zulässigkeit der Einrede des nicht erfüllten Vertrags bei Unterlassungspflichten (vgl. RGZ 96/171, 102/130). Diese sind unbegründet. Auch die vorläufige Verweigerung der Erfüllung einer Unterlassungspflicht kann der Durchsetzung des Zug-um-Zug-Prinzips dienen.

Wichtigstes Beispiel einer Unterlassungspflicht ist das *Konkurrenzverbot*. In Übereinstimmung mit der hier vertretenen Auffassung erklären dazu VON TUHR/ESCHER 63 Anm. 44: «Hat sich ... jemand gegen Belohnung einem Konkurrenzverbot unterworfen und wird der Lohn nicht gezahlt, so braucht er sein Versprechen nicht zu halten und kann daher die im Vertrag verbotenen Konkurrenzhandlungen solange vornehmen, bis der Gegner sein Versprechen erfüllt.» Vgl. als Beispiel BJM 1978/194ff.

rufung auf OR 82 erfolgte Zuwiderhandlung gegen das Unterlassungsgebot dem Berechtigten die Vorteile, die ihm die Unterlassung einbringen sollte, *endgültig entzieht*^{4/5}.

II. *Ausnützung eigenen vertragswidrigen Verhaltens*

Rechtsmissbräuchlich und darum unzulässig ist die Einrede des nicht erfüllten Vertrags auch, wenn die dem Ansprecher vorgeworfene Nicht- oder nicht gehörige Erfüllung der Gegenleistung durch vertragswidriges Verhalten des belangten Schuldners provoziert worden ist⁶. Wenn bspw. die Gewährung eines Darlehens und die Verpflichtung zum Bezug von Waren miteinander im Austauschverhältnis stehen, so kann der Darlehensnehmer, der sich weigert, die vertraglich vereinbarte Sicherheit zu leisten und darum das Darlehen nicht erhält, nicht unter Berufung auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrags die Erfüllung der Bezugspflicht verweigern⁷.

III. *Krasses Missverhältnis der Interessen*

Unzulässig ist eine Rechtsausübung, welche zu einem krassen Missverhältnis der Interessen führt⁸. Weist bspw. die dem belangten Schuldner vom Ansprecher gelieferte Gegenleistung lediglich ganz geringfügige quantitative oder qualitative Mängel auf, die ihren Wert kaum beeinträchtigen, so

4 Vgl. RGZ 152/74 und als Beispiel den dem Entscheid BGHZ 37/147 zugrundeliegenden Sachverhalt: Vertragliche Verpflichtung eines Vorkaufsberechtigten, von dem ihm zustehenden Vorkaufsrecht keinen Gebrauch zu machen.

5 Unter dem Gesichtspunkt der zweckwidrigen Rechtsausübung versagt GRÜTER 94 auch dem Vermieter die Befugnis, den mit der Mietzinszahlung im Verzug befindlichen Mieter unter Berufung auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrags ohne Beachtung der in BGB 554 (bzw. OR 265) statuierten Voraussetzungen aus dem Mietobjekt auszuweisen: Der Vermieter dürfe den säumigen Mieter «ohne Auflösung des Vertrages nicht ausweisen, weil für die Zeit des Entzuges die Gewährung des Sachgenusses nicht nachgeholt werden kann». Diese Begründung ist unrichtig: Es liegt in der Natur der Sache, dass die während der auf OR 82 gestützten vorläufigen Leistungsverweigerung anfallenden Früchte und sonstigen Vorteile dem Berechtigten entgehen. Das spricht aber nicht gegen die Zulässigkeit der Einrede des nicht erfüllten Vertrags. Auch die nach OR 82 zulässige vorläufige Verweigerung der Kaufpreiszahlung führt bei der Gegenpartei zu einem Zinsverlust. Dennoch ist eine Ausweisung des Mieters unter Berufung auf OR 82 nicht zulässig. Die in OR 265 zum Schutze des Mieters statuierten Fristen könnten sonst umgangen werden. Vgl. dazu auch vorne § 6 FN 90.

6 STAUDINGER/KADUK BGB 320 N.10; RGR-Komm. 320 N.10; GRÜTER 97; kritisch zum Grundsatz der Unzulässigkeit der Ausnützung eigenen vertragswidrigen Verhaltens allerdings MERZ ZGB 2 N.543.

7 ZR 39 1940 Nr. 105 S. 227f; vgl. auch VON TUHR/ESCHER 62 Anm. 35 a.E.

8 Vgl. MERZ ZGB 2 N.371ff und dort zitierte Literatur.

kann es gegen Treu und Glauben verstossen, deswegen die Einrede des nicht erfüllten Vertrags zu erheben⁹.

Wegen krassen Missverhältnisses der Interessen kann die Einrede auch rechtsmissbräuchlich sein, wenn mit dem Erfüllungsanspruch des Klägers ganz überwiegende materielle oder sittliche Werte auf dem Spiel stehen. Unzulässig wäre etwa die Weigerung eines Arztes, eine akute lebensgefährliche Krankheit weiterzubehandeln, bis seine bisherigen Bemühungen bezahlt sind: dasselbe gilt für den Rechtsanwalt, wenn seine Weigerung, weiter für einen nicht zahlenden Klienten tätig zu sein, faktisch die Wirkung einer zur Unzeit erfolgten Mandatsniederlegung hätte. Unter Berufung auf die Entscheide ZR 10 1911 Nr. 20 S. 59 und 11 1912 Nr. 126 S. 205 geht BECKER OR 82 N.6 sogar so weit, die Einrede des nicht erfüllten Vertrags gestützt auf ZGB 2 zu versagen, wenn eine «grosse Leistung» einem verhältnismässig geringfügigen nicht erfüllten Gegenanspruch gegenübersteht, «oder wenn die Verzögerung der Gegenpartei bloss eine Nebenleistung betrifft»¹⁰. Angesichts der Tatsache, dass die Verweigerung der Einrede gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben ein Korrektiv für den *Ausnahmefall* darstellt, geht das indessen zu weit.

9 ZR 42 1943 Nr. 5 S. 9: Rechtsmissbräuchlich ist das Beharren auf gehöriger Erfüllung, wenn bloss das Mass des gelieferten Kleiderstoffes nicht ganz genau der Bestellung entspricht. Rechtsmissbrauch wurde demgegenüber in ZR 48 1949 Nr. 206 S. 375ff verneint, als der Käufer die Annahme eines Postens Gürtel verweigerte, deren Dessin nicht ganz dem Muster entsprach. Ebenso auch BGE 93 II 317ff: Ist die Erstellung eines für Wettkämpfe geeigneten Schwimmbeckens von 25 m Länge vereinbart und erweist sich dieses nach der Fertigstellung als um 5 cm zu kurz, so darf der Besteller Behebung des Mangels verlangen, ohne gegen Treu und Glauben zu verstossen.

10 Dazu auch BGE 89 II 237 und VON TUHR/ESCHER 64 Anm. 47.

§ 8 Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags in Dreiparteien-Beziehungen

A. Allgemeines

Besondere Probleme stellen sich hinsichtlich der Erhebung der Einrede des nicht erfüllten Vertrags, wenn ein Teil der Rechte und Pflichten aus dem von den Parteien abgeschlossenen vollkommen zweiseitigen Vertrag in der Person eines Dritten entstanden oder auf diesen übergegangen sind: Die für den synallagmatischen Vertrag typische «Parallelität» von Leistung und Gegenleistung besteht nur zum Teil oder gar überhaupt nicht. Das ist der Fall beim *Vertrag zugunsten eines Dritten*¹, bei der *Zession*² und bei der *Schuldübernahme*³.

Keine Sonderprobleme bestehen demgegenüber bei der sog. *Vertragsübernahme*, einem aus Elementen der Zession und der Schuldübernahme sowie aus eigenständigen Bestandteilen zusammengesetzten dreiseitigen Vertrag sui generis, bei welchem die gesamte Rechtsstellung einer Partei auf einen Dritten übertragen wird⁴: Nach dem Übergang von Rechten und Pflichten besteht nach wie vor die Zweiparteienbeziehung; der Dritte kann wie die ursprüngliche Vertragspartei als Beklagter die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erheben bzw. muss sich diese als Gläubiger entgegenhalten lassen⁵.

B. Beim Vertrag zugunsten eines Dritten

Beim «echten» Vertrag zugunsten eines Dritten⁶ verspricht A als Promittent dem B als Promissar die Erbringung einer Leistung an C, wobei dieser als begünstigter Dritter von A selbständig Erfüllung fordern kann⁷. Dieser Dreiecksbeziehung liegen regelmässig zwei Rechtsverhältnisse zu-

1 OR 112.

2 OR 164ff.

3 OR 175ff.

4 Vgl. VON TUHR/ESCHER 342f und insbesondere Silvio BERNASCONI: Die Vertragsübertragung nach italienischem Recht, Konsequenzen für das schweizerische Recht (Diss. Zürich 1978) 169ff.

5 Das ergibt sich auch analog aus OR 169 Abs. 1 und OR 179 Abs. 1.

6 Beim «unechten» Vertrag zugunsten eines Dritten ist der Dritte bloss Leistungsempfänger, selbst aber nicht forderungsberechtigt.

7 Vgl. dazu eingehend VON TUHR/ESCHER 237ff; GUHL/MERZ/KUMMER 169.

grunde: das Zuwendungs- bzw. Valutaverhältnis⁸ zwischen B und C, das B veranlasst, einen Anspruch des C gegen A zu begründen, und das Deckungsverhältnis⁸ zwischen A und B, das A veranlasst, dem B die Leistung an C zu versprechen.

Die Forderung des Dritten (C) beruht also auf dem zwischen A und B abgeschlossenen Deckungsverhältnis⁹; sie ist somit allen Einwendungen und Einreden des A unterworfen, die sich auf diesen Vertrag beziehen. Dazu gehört auch die Einrede des nicht erfüllten Vertrags¹⁰: Ist das Deckungsverhältnis ein vollkommen zweiseitiger Vertrag und erbringt der Promissar B dem Promittenten A die versprochene Gegenleistung nicht, so kann A gegenüber dem von ihm Erfüllung fordernden C die Einrede erheben.

Andererseits ist dem Promittenten die Einrede des nicht erfüllten Vertrags versagt, wenn der Dritte gegenüber dem Promissar die sich aus dem *Valutaverhältnis* ergebenden Pflichten nicht erfüllt: A ist an der zwischen B und C bestehenden Rechtsbeziehung nicht beteiligt; seine Rechte und Pflichten gegenüber C bestimmen sich einzig aus dem Deckungsverhältnis¹¹.

Die Leistung des Promittenten an den Dritten ist eine mittelbare Zuwendung an den Promissar aufgrund des zwischen diesen beiden Parteien bestehenden Deckungsverhältnisses¹². Aus diesem Grunde steht dem Promissar gegenüber dem Promittenten die Einrede des nicht erfüllten Vertrags zu, sofern es sich beim Deckungsverhältnis um einen vollkommen zweiseitigen Vertrag handelt und der Promittent gegenüber dem Dritten nicht gehörig erfüllt¹³. Die Leistung des Promittenten an den Dritten stellt aber umgekehrt auch eine mittelbare Zuwendung des Promissars an diesen dar, deren Rechtsgrund sich aus dem Valutaverhältnis ergibt. Ist dieses ein vollkommen zweiseitiger Vertrag, so kann somit der Dritte gegenüber dem Promissar die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erheben, wenn der Promittent nicht gehörig erfüllt.

8 Vgl. zur Terminologie GUHL/MERZ/KUMMER 170. Beim Valutaverhältnis kann es sich um eine beliebige Rechtsbeziehung (bspw. um eine Schenkung oder um einen zwischen B und C abgeschlossenen Kaufvertrag) handeln. Dasselbe gilt für das Deckungsverhältnis zwischen A und B.

9 Wirtschaftlich betrachtet bedeutet das selbständige Forderungsrecht des Dritten eine Vermeidung des Umwegs, der sich ergeben würde, wenn A zunächst an B und dieser danach an C leisten würde.

10 Vgl. VON TUHR/ESCHER 249; ABBODD BALDAWI: La stipulation pour autrui (Diss Genf 1954) 83; für das deutsche Recht STAUDINGER/KADUK BGB 334 N.15, 48ff.

11 Vgl. VON BÜREN I 184; STAUDINGER/KADUK BGB 334 N.9. Das gilt selbst dann, wenn das Valutaverhältnis für den Promittenten ein Motiv für den Abschluss des Deckungsverhältnisses bildet.

12 VON TUHR/ESCHER 251.

13 Für das deutsche Recht GRÜTER 45.

C. Bei der Zession

Durch die Zession überträgt der Zedent A eine ihm gegen den Schuldner B (debitor cessus) zustehende Forderung auf den Zessionar C. Rechtsgrund der Zession kann eine beliebige Rechtsbeziehung zwischen A und C – bspw. ein vollkommen zweiseitiger Vertrag – sein.

Gegenstand der Abtretung bildet die Forderung so, wie sie dem Zedenten zustand¹⁴. Diesem Grundsatz trägt OR 169 Abs. 1 Rechnung: Der Schuldner kann dem Zessionar Einreden entgegenhalten, die ihm gegen den Zedenten zustehen. Das gilt insbesondere auch für die Einrede des nicht erfüllten Vertrags¹⁵. VON TUHR/ESCHER¹⁶ weisen mit Recht darauf hin, dass die Möglichkeit der Abtretung von Ansprüchen aus vollkommen zweiseitigen Verträgen gerade auf der Zulässigkeit dieser Einrede beruht; würde der Schuldner nicht durch sie geschützt, so wäre die Abtretung des gegen ihn gerichteten Anspruchs «eine unerträgliche und daher unzulässige Verschlechterung seiner Rechtslage»¹⁶.

Gemäss OR 169 Abs. 1 können die Einreden gegenüber dem Zessionar aber nur erhoben werden, wenn sie schon zu dem Zeitpunkt Bestand hatten, in welchem der Schuldner von der Abtretung Kenntnis erhielt. Das bedeutet indessen nicht, dass die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nur geltendgemacht werden darf, sofern der debitor cessus schon vor der Abtretung vom Zedenten Erfüllung der Gegenleistung verlangen konnte. Denn nach herrschender Lehre und Rechtsprechung¹⁷ ist die in OR 169 Abs. 1 umschriebene Voraussetzung erfüllt, wenn zur Zeit, da der Schuldner von der Abtretung Kenntnis erhielt, die *Grundlage* gegeben ist, auf welcher sich infolge später eintretender Umstände die Einrede verwirklicht. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags steht daher dem debitor cessus auch zu, wenn er erst nach erfolgter Kenntnisnahme der Zession Erfüllung der Gegenleistung verlangen kann; ihre Grundlage wird ja im Moment des Abschlusses des vollkommen zweiseitigen Vertrags gelegt.

14 Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet (D. 50.17.54).

15 VON TUHR/ESCHER 366; VON BÜREN I/328; BGE 65 II 84; ZR 41 1942 Nr. 65 S. 165ff.

16 VON TUHR/ESCHER 366. Das wirkt sich bspw. dahin aus, dass der Verkäufer einem Dritten die Einrede entgegenhalten kann, wenn der Käufer den Anspruch auf Lieferung der Kaufsache an diesen abgetreten hat, obwohl er die Zahlung des Kaufpreises nur vom Zedenten (Käufer) verlangen darf.

17 Vgl. VON TUHR/ESCHER 366; BECKER OR 169 N.9; OSER/SCHÖNENBERGER OR 169 N.7; VON BÜREN I/328; ZR 4 1905 Nr. 166 S. 259 E.5; SJZ 27 1930/31 376; für das deutsche Recht analog STAUDINGER/KADUK BGB 404 N.42f; SOERGEL/SIEBERT/SCHMIDT BGB 404 N.3; ECKHARDT PICK: Einwendungen bei dem gegenseitigen Vertrag, in: AcP 172 1972 47f.

Erfolgt die Zession *erfüllungshalber*¹⁸ aufgrund eines vollkommen zweiseitigen Vertrags zwischen Zedent und Zessionar, so stellt die Leistung des debitor cessus mittelbar eine Zuwendung des Zedenten an den Zessionar dar. Letzterer kann daher gegenüber dem Zedenten die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erheben, wenn er von diesem auf Erbringung der Gegenleistung belangt wird und der debitor cessus nicht oder nicht gehörig erfüllt.

Gemäss OR 170 Abs. 1 erwirbt der Zessionar die abgetretene Forderung zusammen mit allen «Vorzugs- und Nebenrechten ..., mit Ausnahme derer, die untrennbar mit der Person des Abtretenden verknüpft sind». Zu den auf den Zessionar übergehenden Nebenrechten gehört aber nicht das auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrags gestützte Leistungsverweigerungsrecht: Die Einrede dient der Durchsetzung des Zug-um-Zug-Prinzips beim vollkommen zweiseitigen Vertrag¹⁹ und ist somit nicht mit der einzelnen abgetretenen Forderung, sondern mit dem *gesamten Schuldverhältnis* verbunden. Ein Übergang der Einrede auf den Zessionar wäre im Übrigen auch darum sinnlos, weil die dem debitor cessus zustehende Gegenforderung sich nach wie vor gegen den Zedenten richtet und der Zessionar also gar nicht mit einem Anspruch konfrontiert wird, gegenüber dem er sich mit der Einrede zur Wehr setzen könnte. Ferner ist es denkbar, dass sich der Zedent gegenüber dem Zessionar verpflichtet hat, diesem bei der Durchsetzung der abgetretenen Forderung Beistand zu leisten, wofür die Möglichkeit der Einrede ein wirksames Mittel darstellt^{19a}. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags verbleibt somit trotz der Abtretung beim Zedenten; sie kann gegenüber dem debitor cessus erhoben werden, solange dieser die nun dem Zessionar zustehende Forderung nicht erfüllt und solange der Zessionar die Einrede nicht durch Stundung oder Erlass paralysiert²⁰.

D. Bei der Schuldübernahme

Bei der Schuldübernahme²¹ tritt durch Vertrag mit dem Gläubiger ein Dritter an die Stelle des ursprünglichen Schuldners, womit dieser von

18 OR 172: Die Forderung des Zessionars gegen den Zedenten erlischt nicht schon mit der Zession, sondern erst mit der Erfüllung durch den Schuldner und nur in dem Umfang, als der Zessionar dadurch befriedigt wird. Vgl. VON TUHR/ESCHER 13.

19 Vgl. dazu vorne § 3.

19a Gl.M. GERNHUBER 69.

20 Soviel ich sehe, äussert sich die schweizerische Doktrin und Rechtsprechung zu dieser Frage nicht. Die deutsche Lehre und Judikatur gehen indessen zumindest im Ergebnis mit der hier vertretenen Auffassung einig, vgl. STAUDINGER/KADUK BGB 401 N.64 (zum Zurückbehaltungsrecht gemäss BGB 273); GRÜTER 46f; GERNHUBER 67ff; RGZ 88/255, BGHZ 55/354.

21 Von der Schuldübernahme ist der *Schuldbeitritt* (kumulative Schuldübernahme) zu unterscheiden, bei welchem der ursprüngliche Schuldner nicht von seinen Pflichten

seinen vertraglichen Verpflichtungen befreit wird²². Dem in der Doktrin unbestrittenen Grundsatz, dass der Schuldübernehmer gegenüber dem Gläubiger eine inhaltlich identische Verpflichtung eingeht, wie der bisherige Schuldner gegenüber diesem zu erfüllen hatte²³, entspricht es, dass gemäss OR 179 Abs. 1 die «Einreden aus dem Schuldverhältnis» auch dem Schuldübernehmer zustehen, während er gemäss OR 179 Abs. 2 die mit der Person des Altschuldners verknüpften Einreden²⁴ nicht geltendmachen kann. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags bezweckt die Durchsetzung des Zug-um-Zug-Prinzips bei vollkommen zweiseitigen Verträgen²⁵. Sie gehört daher zu den in OR 179 Abs. 1 erwähnten Einreden, die mit dem Schuldverhältnis als Ganzem zusammenhängen. Der Schuldübernehmer kann sich also gegenüber dem Gläubiger auf die Einrede berufen, solange dieser die dem Altschuldner zustehende Gegenleistung nicht gehörig erbringt²⁶.

Die Tatsache, dass der Schuldübernehmer eine inhaltlich identische Verpflichtung übernimmt, wie sie der Altschuldner zu erfüllen hatte, materiell also in dessen Schuldnerposition eintritt und faktisch an dessen Stelle leisten muss, wirkt sich auch dahin aus, dass der Gläubiger gegenüber dem von ihm Erfüllung der Gegenleistung fordernden Altschuldner die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erheben kann, solange der Schuldübernehmer seiner Pflicht nicht nachkommt²⁷. Durch die Schuldübernahme soll das Zug-um-Zug-Prinzip nicht ausgeschaltet werden.

Die mit dem Gläubiger vereinbarte «externe» Schuldübernahme²⁸ beruht auf dem in OR 175 näher umschriebenen «internen» Schuldübernahmeversprechen gegenüber dem Altschuldner. Dieses kann Bestandteil eines vollkommen zweiseitigen Vertrags bilden. Für diesen Fall bestimmt OR 175 Abs. 2 in Analogie zu OR 82²⁹, dass der Schuldübernehmer vom Altschuldner erst dann zum Abschluss des versprochenen (externen) Schuldübernahmevertrages angehalten werden kann, wenn die geschuldete Gegenleistung erbracht wird. Bis dahin steht ihm selbstverständlich die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zu.

Es stellt sich aber die Frage, ob der Schuldübernehmer nach Abschluss des externen Schuldübernahmevertrages gegenüber dem Gläubiger

befreit wird: Zwischen dem Altschuldner und dem Neuschuldner entsteht dabei *Solidarität*. Vgl. dazu hinten § 9.

22 OR 176 Abs. 1.

23 Vgl. VON TUHR/ESCHER 390; VON BÜREN I/343.

24 Dazu gehört bspw. die Verrechnungseinrede, soweit sie auf Gegenforderungen aus einem andern Schuldverhältnis beruht.

25 Vgl. vorne § 3.

26 Vgl. VON TUHR/ESCHER 390f; ENGEL 602; STAUDINGER/KADUK BGB 417 N.30.

27 Gl. M. VON TUHR/ESCHER 391 Anm. 81.

28 Zur Terminologie VON BÜREN I/346.

29 Es handelt sich bei OR 175 Abs. 2 offensichtlich um eine blosse und sprachlich ungenaue Wiederholung von OR 82. Vgl. dazu VON TUHR/ESCHER 382 Anm. 19.

die Einrede erheben kann, wenn der Altschuldner die im (internen) Schuldübernahmevertrag vereinbarte Gegenleistung nicht erbringt. Die Antwort ergibt sich aus OR 179 Abs. 3: «Der Übernehmer kann die Einreden, die ihm gegen den (Alt)-Schuldner aus dem der Schuldübernahme zugrundeliegenden Rechtsverhältnisse zustehen, gegen den Gläubiger nicht geltend machen.» Denn das interne Rechtsverhältnis zwischen Schuldübernehmer und Altschuldner bildet nicht Bestandteil des mit dem Gläubiger abgeschlossenen Vertrags; die Rechte und Pflichten des Gläubigers bestimmen sich einzig aus dem ursprünglichen Schuldverhältnis und dem (externen) Schuldübernahmevertrag³⁰. Müsste er damit rechnen, dass ihm aus dem ihm oft nicht bekannten Rechtsverhältnis zwischen Altschuldner und Schuldübernehmer noch Einreden entgegengehalten werden könnten, würde er wohl in der Regel der Schuldübernahme auch gar nicht zustimmen.

30

Dazu eingehend VON TUHR/ESCHER 391f.

Anders ist die Rechtslage, wenn Schuldübernehmer und Gläubiger den internen Schuldübernahmevertrag ausdrücklich oder konkludent zum integrierenden Bestandteil des zwischen ihnen bestehenden (externen) Schuldübernahmevertrags gemacht haben. Vgl. VON BÜREN I/344; BGE 58 II 20.

§ 9 Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags bei Schuldner- oder Gläubigermehrheit

A. Bei Schuldnermehrheit

I. Allgemeines

Im Normalfall, auf den sich OR 82 nach dem Gesetzeswortlaut offensichtlich bezieht, stehen sich beim vollkommen zweiseitigen Vertrag auf der Gläubiger- und der Schuldnerseite je nur *eine* Person gegenüber. Besondere Probleme ergeben sich für die Einrede des nicht erfüllten Vertrags, wenn gegenüber dem klagenden Gläubiger *mehrere Schuldner* verpflichtet sind, sei es durch selbständige Partialobligationen oder im Verhältnis der Solidarität.

II. Bei Partialobligationen

Muss die geschuldete Leistung durch mehrere Schuldner erbracht werden und ist diese teilbar¹, so besteht im Regelfall² eine selbständige Partialobligation jedes einzelnen Schuldners gegenüber dem Gläubiger: Die Teilobligationen beruhen zwar auf demselben Rechtsgrund, sind aber bezüglich Bestand und Durchführung voneinander unabhängig³. Die Schuldner sind nach Kopfteilen verpflichtet, sofern nichts anderes vereinbart worden ist⁴.

Die Selbständigkeit der einzelnen Teilobligationen wirkt sich auch bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrags aus: Jeder einzelne Schuldner kann unabhängig von den Andern die Einrede gegenüber dem ihn belangenden Gläubiger erheben, wenn dieser die *ihm* zustehende Gegenleistung nicht oder nicht gehörig erbringt; es ist aber nicht möglich, die Einrede damit zu begründen, der Gläubiger habe einem *andern* Teilschuldner gegenüber nicht

1 Zur Rechtslage bei unteilbaren Leistungen hinten FN 6).

2 Gemäss OR 143 entsteht Solidarität zwischen mehreren Schuldnern nur bei besonderer Vereinbarung oder aufgrund gesetzlicher Anordnung. In den übrigen Fällen handelt es sich also um Partialobligationen.

Genau umgekehrt ist die Rechtslage im deutschen Recht: Gemäss BGB 427 in Verb. mit BGB 421 sind gemeinschaftlich übernommene Verpflichtungen im Zweifelsfall solidarischer Natur.

3 VON TUHR/ESCHER 290.

4 VON TUHR/ESCHER 291; BECKER N.5 vor OR 143; OSER/SCHÖNENBERGER N.2 vor OR 143.

gehörig erfüllt⁵. Haben bspw. A und B von C 10 kg einer Ware für 100 Fr. gekauft, so kann A die Bezahlung des auf ihn entfallenden Betreffnisses von 50 Fr. unter Berufung auf OR 82 verweigern, solange er die ihm zustehenden 5 kg nicht erhält; die Einrede steht ihm jedoch nicht zu, wenn zwar er befriedigt worden ist, jedoch B seine 5 kg nicht bekommen hat.

III. Bei Solidarschulden

Besteht gestützt auf ausdrückliche oder konkludente Parteivereinbarung oder kraft gesetzlicher Anordnung⁶ zwischen den Schuldern *Solidarität*, so ist jeder einzelne dem Gläubiger gegenüber grundsätzlich auf das Ganze verpflichtet: Laut OR 144 ist es dem Gläubiger anheimgestellt, ob er von allen Solidarschuldnern je nur einen Teil oder von einem das Ganze fordern will. Die einzelnen Schuldner können dabei dem Anspruch des Gläubigers nicht nur die ihnen persönlich zustehenden Einreden⁷ entgegensetzen, sondern auch solche, die «aus dem gemeinsamen ... Inhalt der solidarischen Verbindlichkeit» (OR 145 Abs. 1) hervorgehen. Dazu gehört aufgrund der Tatsache, dass die synallagmatische Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung alle Solidarschuldner gemeinsam betrifft, auch die Einrede des nicht erfüllten Vertrags⁸.

Mit keinen besonderen Problemen ist die Erhebung der Einrede verknüpft, wenn die Solidarschuldner gegenüber dem Gläubiger ebenfalls solidarisch⁹ oder zur gesamten Hand¹⁰ berechtigt sind: Die Nichterfüllung der Gegenforderung durch den Gläubiger betrifft nicht nur einen einzelnen Schuldner, sondern die gesamte Gruppe der Solidarschuldner; entspre-

5 Gl.M. für das deutsche Recht STAUDINGER/KADUK BGB 320 N.24a; ENNECCERUS/LEHMANN 141 Anm. 4.

6 Dafür gibt es bei den vollkommen zweiseitigen Verträgen etwa folgende Beispiele: OR 403 für mehrere Personen, die gemeinsam einen Auftrag erteilen; OR 478 für mehrere Personen, welche eine Sache gemeinschaftlich zur Aufbewahrung übernehmen.

Von Gesetzes wegen besteht gestützt auf OR 70 Abs. 2 Solidarität, wenn mehrere Schuldner gemeinsam eine *unteilbare Leistung* schulden (BECKER OR 70 N.6; a.M. VON TUHR/ESCHER 327f, die aber trotz Bestreitung der Solidarität sämtliche für Solidarschulden statuierten Rechtsfolgen für anwendbar erklären).

7 Dazu gehört bspw. die sich für einen Solidarschuldner ergebende Möglichkeit, die gemeinsame Schuld mit einer ihm zustehenden Gegenforderung zu verrechnen. Vgl. OR 147 Abs. 1.

8 VON TUHR/ESCHER 305; ENGEL 564; NOUHAD SBAI: La solidarité entre les débiteurs en droit Suisse et Français (Diss. Genève 1950) 109.

9 Beispiel: Zwei Studenten mieten gemeinsam ein Zimmer: Sie sind dem Vermieter gegenüber solidarisch berechtigt und verpflichtet.

10 Zur Rechtsnatur der Gesamthand vgl. hinten FN 17.

chend kann also auch jeder Solidarschuldner dem Erfüllung fordernden Gläubiger die Einrede entgegenhalten, solange dieser nicht seinerseits die der Gruppe solidarisch oder zur gesamten Hand zustehende Gegenleistung vollständig erbringt.

Grössere Probleme stellen sich, wenn die einzelnen zur Schuldnergruppe gehörenden Solidarschuldner gegenüber dem Gläubiger voneinander unabhängige synallagmatische Teilforderungen haben¹¹: Kann der Solidarschuldner A die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erheben, wenn der Gläubiger zwar die ihm zustehende Teil-Gegenleistung gehörig erbringt, nicht aber diejenige des Solidarschuldners B? Oberflächlich betrachtet scheint man die Frage verneinen zu müssen: Gegenüber dem einzelnen belangten Schuldner ist ja erfüllt worden; also hat dieser keine *persönliche* Einrede des nicht erfüllten Vertrags. Und um eine *gemeinsame* Einrede scheint es sich nicht zu handeln, da die einzelnen Gegenforderungen den Solidarschuldnern ja nicht solidarisch oder zur gesamten Hand zustehen. Diese Beurteilung der Rechtslage ist aber *unzutreffend*: Das Austauschverhältnis besteht zwischen sämtlichen Forderungen und Gegenforderungen. Würde im Übrigen dem A die Einrede verweigert, wenn der Gläubiger zwar die ihm zustehende Gegenforderung, nicht aber diejenige des Solidarschuldners B erfüllt, so könnte B auf dem Regressweg¹² zur Erbringung seiner Leistung gezwungen werden, obwohl er die ihm vom Gläubiger geschuldete Gegenleistung nicht erhalten hat¹³. Der Gläubiger könnte durch Erfüllung eines blossen Teils der Gegenforderung volle Erfüllung seiner Ansprüche erzwingen, was dem Zug-um-Zug-Prinzip widersprechen würde¹⁴. Es ergibt sich also klar: Dem vom Gläubiger belangten Solidarschuldner A steht die Einrede des nicht erfüllten Vertrags solange zu, als nicht die Teil-Gegenforderungen sämtlicher Solidarschuldner erfüllt werden.

B. Bei Gläubigermehrheit

I. Bei Partialforderungen

Stehen dem belangten Schuldner mehrere Gläubiger gegenüber, so sind diese entweder Subjekte voneinander unabhängiger Partialobligatio-

11 So bspw., wenn A und B gemeinsam ein ihnen gehörendes Gemälde verkaufen, ohne dass für die Kaufpreisforderung Solidarität vereinbart wäre.

12 OR 148 Abs. 2.

13 Gl.M. VON TUHR/ESCHER 305 Anm. 60.

14 Vgl. GRÜTER 43.

nen¹⁵, oder sie stehen zueinander im Verhältnis der aktiven Solidarität¹⁶, oder sie sind Gläubiger zur gesamten Hand¹⁷.

Die Zulässigkeit der Einrede des nicht erfüllten Vertrags beurteilt sich nach analogen Kriterien, wie sie soeben im Abschnitt über die Verhältnisse bei der Schuldnermehrheit aufgezeigt wurden. Sind die Gläubiger dem belangten Schuldner gegenüber durch blosse Partialobligationen berechtigt, so zeigt sich die rechtliche Selbständigkeit der einzelnen Forderungen auch darin, dass der Schuldner die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nur gerade gegenüber demjenigen Gläubiger erheben kann, der die Gegenleistung nicht oder nicht gehörig erfüllt. Ist der Schuldner A gegenüber den Gläubigern B und C durch Partialobligationen verpflichtet und erbringt zwar B, nicht aber C die vereinbarte Gegenleistung, so kann die Einrede des nicht erfüllten Vertrags zwar gegenüber B, nicht aber gegenüber C erhoben werden^{18/19/20}.

II. Bei Solidar- und Gesamthandsforderungen

Besteht zwischen den Gläubigern Solidarität, so kann der Schuldner die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erheben, bis alle Gläubiger die von ihnen geschuldete Gegenleistung erbringen: Das Austauschverhältnis bezieht sich diesfalls auf sämtliche Forderungen und Gegenforderungen. Dasselbe gilt, wenn die Gläubiger zur gesamten Hand berechtigt sind: Da in diesem Fall nur *eine* Forderung besteht, stehen sämtliche von den Gläubigern zu erbringenden Gegenleistungen mit dieser im Austauschverhältnis; der belangte Schuldner kann also die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erheben, bis *alle* Gläubiger ihm gegenüber gehörig erfüllen.

15 Vgl. dazu analog das vorne sub. lit. A. II. Gesagte. Als Beispiel: A und B verkaufen gemeinsam 100 kg Kartoffeln an C, wobei der Kaufpreis mangels gegenteiliger Abmachung zu gleichen Teilen an beide bezahlt werden muss.

16 Die einzelnen Solidargläubiger haben eigene Forderungen, deren Schicksal aber gemäss OR 150 Abs. 2 insofern miteinander verknüpft ist, als Leistung an einen von ihnen den Schuldner auch gegenüber den Andern befreit. Wiederum gilt, dass Solidarität nur kraft ausdrücklicher oder konkludenter Parteivereinbarung oder gestützt auf gesetzliche Anordnung entsteht.

Im Gegensatz zu der vorne FN 6 beschriebenen Situation bei der Schuldnermehrheit tritt gemäss OR 70 Abs. 1 bei Unteilbarkeit einer mehreren Gläubigern versprochenen Leistung nicht Solidarität zwischen diesen ein: Der Schuldner hat *an alle gemeinsam* zu leisten (Gesamthand, vgl. dazu die folgende Fussnote).

17 Bei der Gesamthand besteht nur *eine* Forderung mit mehreren Subjekten.

18 Vgl. VON TUHR/ESCHER 290 Anm. 6.

19 Anders das deutsche Recht in BGB 320 Abs. 1 a.E.

20 Bei Unteilbarkeit der von den Gläubigern nicht oder nicht gehörig erbrachten Gegenleistung ist die Einrede aber auch gegenüber C zulässig.

§ 10. Geltendmachung und Wirkung der Einrede des nicht erfüllten Vertrags

A. Allgemeines

Der Anwendungsbereich der Einrede des nicht erfüllten Vertrags ist nicht auf dem Prozess beschränkt: Erhebt A gegenüber B ausserprozessual Ansprüche aus einem vollkommen zweiseitigen Vertrag, so kann dieser unter ausdrücklicher oder konkludenter Berufung auf die Einrede die Erfüllung verweigern, sofern die in § 6 umschriebenen materiellen Voraussetzungen erfüllt sind¹.

Bis zu welchem Zeitpunkt im Prozess die Einrede erhoben werden darf, bestimmt sich nach Zivilprozessrecht: Sie ist grundsätzlich solange zulässig, als noch neue Tatsachenbehauptungen möglich sind².

B. Beweislast

Vorne S. 39 ist nachgewiesen worden, dass die Nichterfüllung der vom Ansprecher geschuldeten Gegenleistung vom Richter nur berücksichtigt werden darf, wenn der belangte Schuldner diese Tatsache einredeweise vorbringt, m.a.W. die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erhebt. Das heisst aber nicht, dass dieser die Tatsachen auch beweisen müsste, auf welche er die Einrede stützt. Denn wenn der Kläger Ansprüche aus einem vollkommen zweiseitigen Vertrag herleitet³, gibt er zu, selbst eine Gegenleistung zu schulden⁴. Und für die Behauptung, diese gehörig erfüllt bzw. zumindest gehörig angeboten zu haben, trägt nach allgemeinen Beweislastverteilungsregeln grundsätzlich *er* die Beweislast^{5/6}.

1 VON TUHR/PETER 29; GRÜTER 164.

2 *Dazu* VON TUHR/PETER 29; JEANPRÊTRE 276 Anm. 24; BGE 76 II 299.

3 Macht der Kläger einen einseitig verpflichtenden Vertrag geltend, so trägt allerdings der Beklagte die Beweislast, wenn er einen vollkommen zweiseitigen Vertrag und damit die Existenz einer Gegenforderung behauptet. Gl.M. BECKER OR 82 N.27 und OSER/SCHÖNENBERGER OR 82 N.7; a.M. KUMMER ZGB 8 N.271. Vgl. zu dieser Kontroverse eingehend vorne § 6 FN 13.

4 Der Beklagte müsste allerdings gegebenenfalls beweisen, dass die von ihm einredeweise geltendgemachte Forderung zum Anspruch des Klägers im Gegenseitigkeitsverhältnis steht. Vgl. dazu vorne § 6B.

Behauptet der Kläger eine Vorleistungspflicht des belangten Schuldners, so muss *er* dies als Abweichung vom gesetzlich statuierten Zug-um-Zug-Prinzip (OR 82) beweisen. Vgl. dazu vorne § 6 FN 61 und dort zitierte Literatur.

5 Gemäss ZGB 8 hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Das gilt auch für die Behauptung, erfüllt zu haben (rechtsvernichtende Tatsache, vgl. KUMMER ZGB 8 N.161).

6 BECKER OR 82 N.27; OSER/SCHÖNENBERGER OR 82 N.7; BUCHER 277; KUMMER ZGB 8 N.266; GULDENER, Beweiswürdigung und Beweislast 69; VON TUHR/ESCHER 64; BGE 76 II 299, 79 II 278f; vgl. auch ZR 20 1921 Nr. 125 S. 260.

Umgekehrt ist die Beweislast verteilt, wenn der aus dem vollkommen zweiseitigen Vertrag in Anspruch genommene Schuldner die Gegenleistung als Erfüllung angenommen oder doch zumindest abgenommen hat⁷ und diese nachträglich in qualitativer oder quantitativer Hinsicht bemängelt: Der Beklagte trägt in diesem Fall die Beweislast für die von ihm behaupteten Mängel. Dieser auch für das schweizerische Recht selbstverständliche Grundsatz⁸ wird in BGB 363 ausdrücklich statuiert⁹ und entspricht der Interessenlage: Mit der Abnahme geht die Gegenleistung in den «Machtbereich» des Beklagten über. Die von ihm geltendgemachten Mängel sind daher möglicherweise von ihm selbst verursacht worden¹⁰. Es ist darum zweckmässig, von *ihm* den Beweis der Mängel und deren Verursachung zu verlangen. Damit wird im Übrigen dem Umstand Rechnung getragen, dass es für die zur Gegenleistung verpflichtete Partei (Kläger) aus tatsächlichen Gründen oft ausserordentlich schwierig wäre, den Nachweis zu erbringen, dass die bereits abgelieferte Gegenleistung im Zeitpunkt der Ablieferung mängelfrei gewesen ist.

Ebenso ist der belangte Schuldner beweispflichtig, wenn er sich darauf beruft, eine vom Kläger als Gegenleistung eingegangene Unterlassungspflicht sei nicht oder nicht gehörig erfüllt worden¹¹. «Negativa non sunt probanda». Das entspricht der Interessenlage: Der Schuldner der Gegenleistung wird «gemeinhin nicht nachweisen können, sein Konkurrenzverbot nie verletzt, die Verbandspreise nie unterboten, ihm anvertraute Geschäftsgeheimnisse nie verraten zu haben»¹². Es wäre stossend, dennoch von ihm diesen Beweis zu verlangen.

C. Wirkung der Einrede

I. Grundsatz: Verurteilung zur Leistung Zug um Zug

Die ältere schweizerische Doktrin war einhellig der Auffassung, dass die vom Kläger gestützt auf einen vollkommen zweiseitigen Vertrag er-

7 Zum Unterschied zwischen Annahme und Abnahme eingehend GIGER OR 211 N.10ff.

8 GULDENER, Beweiswürdigung und Beweislast 68; GIGER OR 197 N.93ff; KUMMER ZGB 8 N.275ff; VON TUHR/ESCHER 32; BGE 23 II 1823, 26 II 806, 59 I 257.

9 BGB 363: «Hat der Gläubiger eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen, so trifft ihn die Beweislast, wenn er die Leistung deshalb nicht als Erfüllung gelten lassen will, weil sie eine andere als die geschuldete Leistung oder weil sie unvollständig gewesen sei».

10 GIGER OR 197 N.95; VON TUHR/ESCHER 32.

11 VON TUHR/ESCHER 64 Anm. 50; ENNECCERUS/LEHMANN 143 Anm. 7; vgl. auch KUMMER ZGB 8 N.201; BGE 32 II 713.

12 KUMMER ZGB 8 N.201.

hobene Klage *als vorzeitig abzuweisen sei*, wenn sich die vom Beklagten erhobene Einrede des nicht erfüllten Vertrags als berechtigt erweist¹³. Diese Lösung, welche den Kläger zwingt, nach erbrachter bzw. angebotener Gegenleistung in einem neuen ordentlichen Prozess die identische Klage zu erheben, auch wenn im ersten Prozess die materielle Berechtigung seines Anspruchs ausgewiesen und die Klage nur mangels gehöriger Erbringung oder gehörigen Angebots der Gegenleistung nicht durchgedrungen ist, widerspricht dem Grundsatz der Prozessökonomie. Den Interessen der Parteien ist besser gedient, wenn der Beklagte, der mit Erfolg die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erhebt, zur Leistung Zug um Zug gegen Erbringung der Gegenleistung verurteilt wird. Diese Lösung wird vom deutschen Recht in BGB 322 Abs. 1 ausdrücklich vorgeschrieben¹⁴, lässt sich aber auch im schweizerischen Recht mittelbar aus OR 82 in Verbindung mit OR 184 Abs. 2 ableiten¹⁵. Die Gerichtspraxis¹⁶ und auch die neuere schweizerische Doktrin¹⁷ haben sich zu Recht dieser Lösung angeschlossen.

Wie GIGER¹⁸ richtig feststellt, ist eine Ausnahme von diesem Grundsatz lediglich am Platz, wenn die vom Beklagten erhobene Einrede des nicht erfüllten Vertrags vom Kläger nicht bestritten wird. Denn da in diesem Fall die vom Kläger ohne Rücksicht auf die eigenen vertraglichen Verpflichtungen erhobene Klage offensichtlich gegen Treu und Glauben verstösst, verdient dieser den Vorteil einer bedingten Verurteilung des Beklagten zur Leistung Zug um Zug nicht; es ist gerechtfertigt, die Klage *abzuweisen*.

Die von der älteren schweizerischen Doktrin gegen die Verurteilung auf Leistung Zug um Zug gegen Erbringung der Gegenleistung vorgebrachten Bedenken beruhen vor allem auf der Tatsache, dass für die Voll-

13 BECKER OR 82 N.4; OSER/SCHÖNENBERGER OR 82 N.5; GULDENER, Zivilprozessrecht 2.A. 253 Anm. 7; VON TUHR/ESCHER 61 (in Anlehnung an VON TUHR/SIEGWART II/409); KUMMER ZBJV 106 1970 125ff; vgl. auch GIGER OR 184 N.189.

Die Abweisung der Klage «als vorzeitig», «zur Zeit», entspricht materiell im Übrigen ganz einfach der Klageabweisung. Diese verniedlichende Terminologie ist «eine verbale Spielerei» (KUMMER ZBJV 106 1970 126). Sie ist zur Sicherung des Klägers nicht erforderlich, weil die nachträglich erbrachte Gegenleistung eine *neue Tatsache* darstellt und somit die Einrede der res iudicata ausschliesst (vgl. GIGER OR 184 N.189).

14 Vgl. dazu eingehend STAUDINGER/KADUK BGB 322 N.2ff; LARENZ I/168ff.

15 BGE 94 II 270; GIGER OR 184 N.189.

16 BGE 79 II 277, 94 II 269; vgl. auch BGE 58 II 417, wo die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug allerdings nur nach Massgabe des kantonalen Rechts zugelassen wird. In BGE 94 II 269 wird jedoch in einem obiter dictum die Möglichkeit einer «Abweisung der Klage zur Zeit» für denjenigen Fall nicht völlig ausgeschlossen, bei welchem «die zu erbringende (Gegen)leistung unbestritten ist, jedoch weder erbracht ist noch gehörig angeboten wird».

Als Beispiel für die kantonale Rechtsprechung vgl. SJZ 58 1962 58.

17 SCHMIDT 22ff; GULDENER, Zivilprozessrecht 3.A. 206; STRÄULI/MESSMER ZPO 304 N.11ff.

18 GIGER OR 184 N.189; vgl. auch BGE 94 II 269.

streckung ein zweites Verfahren notwendig ist, in welchem der Eintritt der Vollstreckungsbedingung – die gehörige Erbringung bzw. das gehörige Angebot der Gegenleistung – festgestellt werden muss. So erklärte bspw. GULDENER in älteren Auflagen seines «Zivilprozessrechts»¹⁹, es bestehe kaum ein Anlass, die Klage im Sinne der Leistung Zug um Zug zu schützen. Vollstreckbar sei ein solches Urteil nicht, solange nicht durch neues Gerichtsurteil entschieden sei, ob die Gegenleistung erbracht oder gehörig angeboten wurde²⁰. Das spricht indessen nicht gegen die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug: Für die Feststellung der Verwirklichung der Vollstreckungsbedingung ist im Allgemeinen nicht ein ordentliches Prozessverfahren notwendig; es genügt meist ein vereinfachtes, auf Urkundenbeweis beschränktes Verfahren. So verweist ZH ZPO 304 Abs. 2 den Entscheid über die Frage, ob die Gegenleistung als Voraussetzung der Vollstreckung gehörig angeboten oder erbracht worden ist, grundsätzlich ins *summarische Verfahren*²¹; lediglich bei nicht liquiden tatbeständlichen Verhältnissen wird die Einleitung eines ordentlichen Prozesses erforderlich. Im Vergleich zur Abweisung der Klage zur Zeit, die auf jeden Fall einen neuen ordentlichen Prozess notwendig macht, werden also in erheblichem Umfang Zeit und Kosten gespart.

Erhebt der Beklagte unter materieller Anerkennung des klägerischen Anspruchs die Einrede des nicht erfüllten Vertrags und erfolgt gestützt darauf eine Verurteilung zur Leistung Zug um Zug gegen Erbringung der Gegenleistung, so gehen nach allgemeinen Grundsätzen die Kosten- und Entschädigungsfolgen analog wie bei einer Klageabweisung «zur Zeit» zu Lasten des Klägers²²: Der Beklagte ist ja diesfalls mit seinem Rechtsstandpunkt – Zurückhaltung der eigenen Leistung bis zur Erbringung der Gegenleistung – vollumfänglich durchgedrungen.

II. *Im Aberkennungsprozess: Gutheissung der Aberkennungsklage*

Die Verurteilung zur Zug-um-Zug-Leistung ist indessen im *Aberkennungsprozess* nicht möglich. Obsiegt der betreibende Gläubiger im Rechtsöffnungsverfahren, gelingt es aber dem betriebenen Schuldner, im Aberkennungsprozess mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages durchzudringen, so wird die Rechtsstellung beider Parteien nur durch eine *Gutheis-*

19 GULDENER, Zivilprozessrecht 2.A. 253 Anm. 7.

20 Vgl. auch KUMMER ZBJV 106 1970 126ff und VON TUHR/ESCHER 61 Anm. 26; «Diese etwas pedantische und die Zwangsvollstreckung erschwerende Einrichtung ist dem OR fremd».

21 Dazu eingehend STRÄULI/MESSMER ZPO 304 N.11ff. Jedenfalls für das zürcherische Prozessrecht ist es unzutreffend, wenn KUMMER ZBJV 106 1968 127 nur von «unbedeutende(n) prozessuale(n) Vereinfachungen» spricht.

22 Vgl. SJZ 58 1962 58.

sung der Aberkennungsklage gebührend gewahrt: Weil das Aberkennungsverfahren gemäss SchKG 83 direkte Wirkung auf den Fortgang der Betreuung besitzt, kann sich an das Aberkennungsurteil kein zweites Verfahren anschliessen; eine bedingte Abweisung der Aberkennungsklage in Verbindung mit einem nachfolgenden Prozess zur Feststellung des Eintritts der Vollstreckungsbedingung ist nicht möglich.²³

23 Vgl. BGE 79 II 283f.

§ 11 Anhang: Erweiterter Geltungsbereich des Einrederechts

A. Problemstellung

Vorne S. 23, 40 ist darauf hingewiesen worden, dass die Einrede des nicht erfüllten Vertrags lediglich im Rahmen des vollkommen zweiseitigen Vertrages erhoben werden kann, und auch hier nur, soweit sich zwei Zug um Zug zu erfüllende Forderungen gegenüberstehen, die «gegenseitig derart aufeinander Bezug haben, dass die eine die Gegenleistung für die andere ist»¹. Ein berechtigtes Interesse des Beklagten an einer vorläufigen Verweigerung der von ihm geschuldeten Leistung kann jedoch auch in Situationen bestehen, in denen zwar nicht die erwähnten strengen Voraussetzungen der Einrede des nicht erfüllten Vertrags gegeben sind, aber eine *ähnliche Interessenlage* vorliegt. Erweiterungen des Einrederechts ergeben sich teilweise direkt aus dem Gesetz, teilweise durch richterliche Gesetzesergänzung i.S. von ZGB 1 Abs. 2². Die damit zusammenhängenden Fragen sollen im Folgenden anhangsweise cursorisch behandelt werden.

B. Bei Zahlungsunfähigkeit des Klägers

I. Allgemeines

Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags steht dem aufgrund eines vollkommen zweiseitigen Vertrags belangten Schuldner nur zu, sofern die gegenseitigen Leistungen Zug um Zug zu erbringen sind. Ist der Beklagte vorleistungspflichtig, so kann er die Einrede nicht erheben³.

Dieser Grundsatz wird dann der Interessenlage nicht gerecht, wenn der Gegenanspruch des vorleistungspflichtigen Beklagten durch Zahlungsunfähigkeit des Klägers gefährdet wird. Es wäre unbillig, den belangten Schuldner in dieser Situation zur Erbringung seiner Leistung zu zwingen, obwohl er praktisch mit Sicherheit damit rechnen muss, die ihm zustehende Gegenleistung nicht zu erhalten. OR 83 Abs. 1 gewährt ihm daher das

1 BGE 84 II 150.

2 Ergibt sich durch Auslegung, dass das Gesetz aus legislativpolitischen, teleologischen und ethischen Gesichtspunkten der Ergänzung bedarf, so liegt eine «unechte» bzw. rechtspolitische Gesetzeslücke (vgl. MEIER-HAYOZ ZGB I N.275ff) vor, die der Richter unter Beachtung «bewährter Lehre und Überlieferung» (ZGB 1 Abs. 3) auszufüllen hat. Vgl. dazu eingehend MEIER-HAYOZ ZGB I N.311ff.

3 Vgl. eingehend vorne § 6 C.

Recht, bei Zahlungsunfähigkeit des Klägers «seine Leistung solange zurück-zubehalten, bis ihm die Gegenleistung sichergestellt wird»⁴.

II. *Voraussetzungen des Leistungsverweigerungsrechts*

1. *Vollkommen zweiseitiger Vertrag*

Analog wie OR 82 bezieht sich OR 83 auf den «zweiseitigen Vertrag». Angesichts des in dieser Hinsicht identischen Gesetzeswortlauts und der Tatsache, dass diese beiden Normen unter dem gleichen Randtitel stehen, gilt auch OR 83 lediglich für *vollkommen* zweiseitige Verträge⁵ und innerhalb dieser Kategorie nur für diejenigen Verpflichtungen, die miteinander im Austauschverhältnis stehen⁶.

2. *Vorleistungspflicht*

OR 83 hat vor allem bei Vorleistungspflicht des belangten Schuldners praktische Bedeutung. Denn wenn die Parteien Zug-um-Zug-Leistung vereinbart haben, so ist es für den Beklagten meist vorteilhafter, sich auf den in diesem Fall anwendbaren Art. 82 zu berufen: Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags gemäss OR 82 berechtigt zur Leistungsverweigerung, bis die Gegenleistung gehörig erbracht oder angeboten wird, während laut OR 83 die geforderte Leistung nur bis zur *Sicherstellung*⁷ der Gegenleistung zurückgehalten werden darf⁸. Dem belangten Schuldner bleibt es aber selbstverständlich unbenommen, sich auch im Falle der Zug-um-Zug-Leistung mit blosser Sicherstellung der Gegenleistung zu begnügen, wenn ihm dies aus irgendeinem Grunde dient^{9/9a}.

4 «L'art 83 est une règle d'équité qui tient compte de la connexité des prestations et de leur dépendance économique; elle vise à protéger la partie tenue de s'acquitter préalablement contre l'éventualité de l'inexécution de la part de l'autre» (BGE 64 II 267). Entgegen der in diesem Bundesgerichtsentscheid a.a.O. vertretenen Auffassung stellt OR 83 einen Anwendungsfall der «clausula rebus sic stantibus» dar (richtig OSER/SCHÖNENBERGER OR 83 N.3; ZBJV 86 1950 279 und für das deutsche Recht STAUDINGER/KADUK BGB 321 N.1).

Vgl. im Übrigen zu OR 83 PHILIPP WEYDMANN: Zweiseitige Verträge im Konkurs einer Vertragspartei (Diss. Zürich 1958) 17ff.

5 Vorne § 2D.

6 Vorne § 5A.

7 Dazu hinten Abschnitt III.

8 Vgl. BGE 49 II 460ff.

9 Argumentum in maiori minus. Der Text von OR 83 bezieht sich bezeichnenderweise mit keinem Wort auf die Vorleistungspflicht. Vgl. BECKER OR 83 N.6; VON TUHR/ESCHER 67; VON BÜREN I/470; BGE 105 II 32f.

9a Ein Beispiel für die Berufung auf OR 83 bei einem Vertrag, dessen Leistungen Zug um Zug zu erfüllen sind, findet sich in BGE 105 II 28ff: Da die Anwendung von OR

3. *Zahlungsunfähigkeit*

Das in OR 83 Abs. 1 statuierte Leistungsverweigerungsrecht kann ausgeübt werden, wenn der Kläger «*zahlungsunfähig geworden*» ist. Im Gegensatz zu BGB 321 genügt also nicht schon eine wesentliche Verschlechterung seiner Vermögensverhältnisse¹⁰; andererseits ist es aber auch nicht notwendig, dass seine Zahlungsschwierigkeiten geradezu in Zahlungseinstellung oder Konkurs kulminieren¹¹.

Zahlungsunfähigkeit bedeutet «Mangel an genügenden Zahlungsmitteln zur Befriedigung der fälligen Verbindlichkeiten»¹², sofern es sich nicht bloss um vorübergehende Zahlungsstockungen handelt¹³. OR 83 Abs. 1 erwähnt als Beispiele den Konkurs und die fruchtlose Pfändung. Die Zahlungsunfähigkeit kann sich aber auch rein faktisch manifestieren¹⁴, so etwa, wenn mehrere fällige Zahlungen wegen offensichtlicher Mittellosigkeit nicht mehr geleistet werden, oder wenn zur Deckung des Geldbedürfnisses Wechselreiterei betrieben wird usw.

Gemäss OR 83 Abs. 1 muss der Kläger *zahlungsunfähig geworden* sein. Wenn die Zahlungsunfähigkeit schon bei Vertragsabschluss bestand, darf daher die Leistung nicht verweigert werden¹⁵. Das ist bspw. für Verträge von Bedeutung, die von der Konkursmasse abgeschlossen werden¹⁶.

4. *Gefährdung der Gegenleistung*

Der Beklagte kann sich nur auf das in OR 83 Abs. 1 statuierte Leistungsverweigerungsrecht berufen, sofern die Zahlungsunfähigkeit des Klägers die Erbringung der Gegenleistung gefährdet. In der Regel ist bei Zahlungsunfähigkeit diese Voraussetzung automatisch erfüllt. Eine Gefährdung der Gegenleistung müsste lediglich verneint werden, wenn diese sichergestellt oder verbürgt ist¹⁷.

83 nur Gefährdung des Gegenanspruchs infolge Zahlungsunfähigkeit, nicht aber Fälligkeit der Gegenleistung voraussetzt, kann sich der Gläubiger derselben durch ein noch vor dem Zeitpunkt der Fälligkeit gestelltes Begehren um Sicherstellung frühzeitig über die Abwicklung des Vertrags Klarheit verschaffen (BGE 105 II 31f).

10 Ein Antrag, analog auch im OR bei jeder wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse das Zurückbehaltungsrecht zu gewähren, wurde in der Expertenkommission ausdrücklich abgelehnt. Vgl. Prot Exp Kom 8. Mai 1908 S. 11/13.

11 So noch aOR 96.

12 BECKER OR 83 N.1.

13 BGE 105 II 30; 68 II 177ff; ZR 46 1947 Nr. 2 S. 10.

14 Es ist keineswegs notwendig, dass die Zahlungsunfähigkeit offen erklärt wird (z.B. durch Gesuch um Nachlassstundung oder um Bankenstundung gemäss Art. 29 BankG, BGE 105 II 30), vgl. ZR 46 1947 Nr. 2 S. 10.

15 BECKER OR 83 N.4; VON TUHR/ESCHER 66; vgl. dazu BGE 63 III 152 und ZBJV 86 1950 279.

16 Vgl. BGE 56 III 186.

17 Vgl. BECKER OR 83 N.5.

III. Wirkungen des Leistungsverweigerungsrechts

Im Gegensatz zu OR 82 berechtigt OR 83 Abs. 1 nicht zur Leistungsverweigerung bis zur Erbringung bzw. bis zum Angebot der Gegenleistung, sondern lediglich bis zu deren *Sicherstellung*. Der Sicherstellungsanspruch besteht *nur einredeweise* als Verteidigung gegen die Klage der zahlungsunfähigen Gegenpartei und kann nicht etwa aktiv durch eigene Klage oder Betreibung auf Sicherheitsleistung durchgesetzt werden¹⁸. Der Wortlaut von OR 83 Abs. 1 ist in dieser Hinsicht völlig klar.

OR 83 Abs. 2 ergänzt das in Abs. 1 umschriebene Leistungsverweigerungsrecht durch die Befugnis, vom Vertrag zurückzutreten, sofern die Gegenleistung nicht innert angemessener Frist sichergestellt wird^{18a18b}.

C. Bei beidseitigen Verpflichtungen aus verschiedenen Vertragsverhältnissen

I. Notwendigkeit richterlicher Gesetzesergänzung

OR 82 gewährt die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nur für gegenseitige Verpflichtungen, die auf einem vollkommen zweiseitigen Vertrag beruhen¹⁹. Nach dem Gesetzeswortlaut besteht demgegenüber keine Einrede, wenn die beidseitigen Verpflichtungen der Parteien *auf verschiedenen Vertragsverhältnissen* basieren oder sonst nicht synallagmatischer Natur sind²⁰. Als Beispiel diene folgender Sachverhalt: A verkauft B am 1. Februar Alicante-Wein, lieferbar Ende Februar, zahlbar Ende März. Am 1. März verkauft er ihm Montagnerwein, lieferbar Ende April, zahlbar Ende Mai²¹. Verlangt B Ende April den Montagner, obwohl er Ende März vertragswidrig

18 BECKER OR 83 N.8; BGE 23/189 E.7.

18a Im Gegensatz zum Rücktritt gestützt auf OR 109 ist der Rücktritt gemäss OR 83 Abs. 2 nicht mit einem Schadenersatzanspruch verknüpft: Der Zahlungsunfähige hat durch die Unterlassung der Sicherstellung den Vertrag nicht verletzt; die Sicherheitsleistung ist nicht Gegenstand einer aus dem Vertragsinhalt fliessenden Verpflichtung, sondern lediglich eine Obliegenheit, deren Nichterfüllung zum Anspruchsverlust führt (vgl. BECKER OR 83 N.10; BUCHER 302 Anm. 36; BGE 64 II 267f).

18b Bezüglich der Befugnis der Konkursverwaltung zur Vertragsauflösung vgl. eingehend FRITZSCHE II 68f.

19 Vorne § 2D.

20 VON BÜREN I/468 nennt dies «pluralische Verpflichtungsverhältnisse».

21 Es handelt sich dabei um den dem Entscheid BGE 44 II 72ff zugrundeliegenden Sachverhalt, der – um die Existenz von zwei verschiedenen Verträgen zu verdeutlichen – allerdings bezüglich der Verpflichtungs- und Lieferungsdaten modifiziert worden ist. In BGE 44 II 72ff wurden beide Verträge an demselben Datum (8. Februar 1917) abgeschlossen, wobei der Alicante Ende Februar geliefert werden konnte, der Montagner aber erst viel später. Trotz des identischen Datums des Vertragsabschlusses hat aber auch das Bundesgericht die beiden Lieferverpflichtungen offenbar als Gegenstand von zwei verschiedenen Vertragsverhältnissen behandelt.

den Alicante nicht bezahlt hat, so kann sich A nicht mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrags zur Wehr setzen: Die beidseitigen Verpflichtungen beruhen auf *zwei verschiedenen* vollkommen zweiseitigen Verträgen; die in OR 82 als Voraussetzung der Einrede umschriebene Gegenseitigkeit ist also nicht gegeben.

Diese Vernachlässigung des Zusammenhangs zwischen wechselseitigen Verpflichtungen, die zwar aufgrund der im konkreten Fall vorliegenden vertraglichen Strukturen nicht in einem Gegenseitigkeitsverhältnis stehen, wohl aber *wirtschaftlich konnex sind*, verstösst gegen die allgemein und vor allem im kaufmännischen Verkehr gebräuchlichen Rechtsauffassungen²². Das deutsche Recht ergänzt denn auch die ebenfalls auf gegenseitige Verpflichtungen aus vollkommen zweiseitigen Verträgen beschränkte Einrede des nicht erfüllten Vertrags in BGB 273 durch ein allgemein für Verpflichtungen «aus demselben rechtlichen Verhältnis»²³ geltendes Zurückbehaltungsrecht.

Das in ZGB 895 statuierte «dingliche» Retentionsrecht^{24/25/26}, welches dem Gläubiger die Befugnis verleiht, bewegliche Sachen und Wertpapiere, die sich mit Willen des Schuldners in seinem Besitze befinden, «bis zur Befriedigung für seine Forderung zurückzubehalten, wenn die Forderung fällig ist und ihrer Natur nach mit dem Gegenstande der Retention in Zusammenhang steht», stellt nur einen ungenügenden Ersatz dar: Da es nur bezüglich Sachen und Wertpapieren geltendgemacht werden kann, die dem Schuldner gehören, sich aber zur Zeit mit dessen Willen im Besitz des Gläu-

22 Vgl. VON BÜREN I/468 und die Entscheide ZR 34 1935 Nr. 17 S. 46 («Im kaufmännischen Verkehr ist die Rechtsauffassung durchwegs geläufig, dass der Verkäufer nicht mehr zur Lieferung aus einem Kaufabschluss verpflichtet ist, wenn der Käufer seit diesem mit seinen Zahlungsverpflichtungen für frühere Abschlüsse in Rückstand geraten ist»); ZR 37 1938 Nr. 96 S. 203f («Für den kaufmännischen Verkehr (besteht) der Grundsatz, dass bei einem fortgesetzten Geschäftsverkehr der Verkäufer ... nicht verpflichtet ist, in einem Zeitpunkt, in welchem der Vertragsgegner die Erfüllung früher fälliger Verpflichtungen verweigert, diesem noch neue Vorleistungen zu erbringen»).

23 «Aus demselben rechtlichen Verhältnis» heisst nach deutscher Doktrin und Praxis nicht etwa, dass die gegenseitigen Verpflichtungen aus einem bestimmten einzelnen rechtsgeschäftlichen Verhältnis stammen müssten. Es genügt, «wenn ein solcher gesetzlicher oder natürlicher Zusammenhang zwischen den beidseitigen Ansprüchen vorliegt, dass die einseitige Geltendmachung des Anspruchs ohne Rücksicht auf den dem anderen Teile zustehenden Gegenanspruch als ein Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen würde» (STAUDINGER/WERNER BGB 273 N.6).

24 Dazu eingehend OFTINGER ZGB 895 N.1ff; OSKAR BRANDER: Das Retentionsrecht nach schweizerischem Zivilrecht (Diss. Zürich 1933).

25 Das ZGB, das OR und die Spezialgesetze statuieren für besondere Fälle teilweise abweichende Voraussetzungen und Rechtswirkungen des dinglichen Retentionsrechts, vgl. z.B. OR 272–274 für den Vermieter, OR 401 Abs. 3 für den Beauftragten, OR 451 für den Frachtführer, OR 491 für den Gast- und Stallwirt usw. Dazu OFTINGER ZGB 895 N.184.

26 Vgl. dazu für das deutsche Recht das «kaufmännische Zurückbehaltungsrecht» gemäss HGB 369ff.

bigers befinden²⁷, ist es auf wechselseitige vertragliche Verpflichtungen nicht anwendbar. Hier geht es nicht um die Retention einer fremden Sache, sondern um die Zurückbehaltung der *eigenen* Leistung²⁸ bis zur Erfüllung der Verpflichtung der Gegenpartei.

In den Materialien²⁹ findet sich kein Hinweis auf besondere Gründe, die den schweizerischen Gesetzgeber zum Verzicht auf eine solche durch die Interessenlage zwingend geforderte Ergänzung der Einrede des nicht erfüllten Vertrags veranlasst haben könnten. Angesichts der sich auch in der Schweiz mit BGB 273 deckenden Rechtsauffassungen des bürgerlichen und insbesondere des kaufmännischen Verkehrs drängt sich die Schlussfolgerung auf, dass hier eine *unechte Gesetzeslücke*³⁰ vorliegt, die durch den Richter nach «bewährter Lehre und Überlieferung» (ZGB 1 Abs. 3) ausgefüllt werden muss. Die neuere Doktrin³¹ und die kantonale Rechtsprechung³² tendieren in diese Richtung.

II. Voraussetzungen und Wirkungen des Zurückbehaltungsrechts

I. Voraussetzungen

Gestützt auf den Wortlaut von OR 82 befürwortet BECKER³³ ein Zurückbehaltungsrecht für wechselseitige Verpflichtungen, die aus mehreren Verträgen stammen, lediglich, soweit diesen ein «*einheitliches Rechtsverhältnis*» zugrundeliegt. Er erwähnt als Beispiele den Fall, bei welchem die verschiedenen Verträge auf ein und demselben *Vorvertrag* beruhen³⁴, die nachträgliche Zusammenfassung verschiedener Verpflichtungen in einem einheitlichen Vertrag, die einzelnen Raten beim Sukzessivlieferungs- und Abzahlungsvertrag, sowie die Situation, bei welcher mehrere Einzelverträge derart miteinander verknüpft sind, dass Bestand und Erfüllung des einen

27 So kann bspw. der Aufbewahrer die ihm übergebene Sache zurückbehalten, um die Bezahlung der ihm geschuldeten Vergütung durchzusetzen, oder der Handwerker die ihm zur Reparatur anvertraute Sache, wenn ihm sein Werklohn nicht bezahlt wird usw. Vgl. dazu OFTINGER ZGB 895 N.94 und 202a.

28 Im vorliegenden Kontext besitzt die Gegenpartei ja lediglich einen *obligatorischen*, nicht einen dinglichen Anspruch auf die schuldnerische Leistung.

29 Vgl. etwa Botschaft zum aOR vom 27. 11. 1879, Bericht der nationalrätlichen Kommission vom November 1880.

30 Dazu eingehend vorne FN 2 und dort zitierte Literatur.

31 Vgl. VON BÜREN I/466ff; OFTINGER ZGB 895 N.202; VON TUHR/ESCHER 68; einschränkend BECKER OR 82 N.14ff. Auf die Lückenproblematik weisen indessen lediglich VON TUHR/ESCHER a.a.O. hin.

32 ZR 34 1935 Nr. 17 S. 45ff; 37 1938 Nr. 96 S. 203f (dazu kritisch BECKER OR 82 N.16); einschränkend ZR 47 1948 Nr. 64 S. 136f; ablehnend (allerdings ohne eingehende Begründung) BGE 84 II 150 im Gegensatz zu 44 II 77.

33 BECKER OR 82 N.14f.

34 ZR 71908 Nr. 94 S. 196ff.

Vertrags für Bestand und Erfüllung des anderen rechtlich erheblich sind³⁵. Ein auf solche Sachverhalte beschränktes Zurückbehaltungsrecht stellt indessen nicht das Resultat ergänzender richterlicher Rechtsschöpfung dar, sondern beruht direkt auf OR 82^{36/37}.

Nach dem Gesetzeswortlaut bezieht sich auch das in BGB 273 statuierte Zurückbehaltungsrecht nur auf wechselseitige Verpflichtungen, welche auf «*demselben rechtlichen Verhältnis*» beruhen. Gemäss der von der deutschen Doktrin und Praxis für diese Norm vertretenen extensiven Gesetzesinterpretation ist damit indessen lediglich die *Konnexität* der beidseitigen Verpflichtungen gemeint³⁸: Zwei Ansprüche beruhen demnach auf «demselben rechtlichen Verhältnis», wenn zwischen ihnen ein solcher gesetzlicher oder natürlicher Zusammenhang besteht, «dass die einseitige Geltendmachung des Anspruchs ohne Rücksicht auf den dem anderen Teile zustehenden Gegenanspruch als ein Verstoss gegen Treu und Glauben erscheinen würde»³⁹. Das trifft bspw. zu, wenn die wechselseitigen Ansprüche in den Rahmen einer zwischen den Parteien bestehenden *wirtschaftlichen Dauerbeziehung* gehören, auch wenn es sich dabei rechtlich um selbständige Verträge handelt⁴⁰. Das deckt sich mit der ebenfalls in der Schweiz vor allem im Handelsverkehr gebräuchlichen Rechtsauffassung⁴¹. Es ist gerechtfertigt, bei wechselseitigen Verpflichtungen, die aus verschiedenen Verträgen stammen, aber doch wenigstens ihrer Natur nach geeignet wären, sich synallagmatisch gegenüberzustehen, auch für das schweizerische Recht durch richterliche Gesetzesergänzung (ZGB 1 Abs. 3) in diesem Rahmen ein Zurückbehaltungsrecht anzuerkennen⁴². Eine solche Lösung entspricht der Interessenlage und trägt dem Grundsatz von Treu und Glauben Rechnung.

Die übrigen Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts entsprechen denjenigen der Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Vgl. dazu vorne § 6.

2. *Wirkungen*

Nach der an BGB 273 Abs. 3 orientierten Auffassung VON BÜRENS und VON TUHR/ESCHERS⁴³ soll das Zurückbehaltungsrecht bei wechselseitig-

35 Vgl. ZR 4 1905 Nr. 166 S. 257ff.

36 BECKER bezieht sich in OR 82 N.14 ja auch ausdrücklich auf den Wortlaut von OR 82.
37 Vgl. zur Stipulierung einheitlicher Verträge in getrennten Vertragsurkunden vorne S. 25, zum Sukzessivlieferungs- und Abzahlungsvertrag S. 44 und 45.

38 Vgl. STAUDINGER/WERNER BGB 273 N.6; LARENZ I/175f; RGZ 68/34.

39 STAUDINGER/WERNER BGB 273 N.6, vgl. auch RGZ 158/14.

40 LARENZ I/176; RGZ 68/34.

41 Vgl. vorne bei FN 22.

42 Gl.M. VON BÜREN I/468f; GIGER OR 184 N.194; SJZ 63 1967 111; ZR 34 1935 Nr. 17 S. 45ff, 37 1938 Nr. 96 S. 203f; ZBJV 73 1937 442; a.M. aber BGE 84 II 150, vgl. auch MERZ ZGB 2 N.545.

43 VON BÜREN I/469; VON TUHR/ESCHER 68 Anm. 78. Abgesehen von einem Hinweis auf BGB 273 Abs. 3 begründen diese Autoren ihre Auffassung nicht weiter.

gen Verpflichtungen, die aus verschiedenen Verträgen stammen, nur bis zur *Sicherstellung* der von der Gegenpartei geschuldeten Leistung bestehen und nicht – wie bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrags – bis diese gehörig erbracht oder angeboten wird. Das widerspricht dem Grundsatz, dass der Richter bei der Gesetzesergänzung wenn möglich eine Norm schaffen muss, die systematisch und in ihrer Ausgestaltung zu den Rechtsbehelfen passt, die das positive Recht für ähnlich gelagerte Tatbestände vorsieht⁴⁴. Das schweizerische Recht begnügt sich weder bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrags (OR 82) noch beim «dinglichen» Retentionrecht mit der Sicherstellung⁴⁵. Es entspricht dem Postulat der Einheit der Rechtsordnung und auch der Interessenlage, das Zurückbehaltungsrecht bei wechselseitigen Verpflichtungen aus verschiedenen Verträgen in analoger Anwendung von OR 82 ebenfalls bis zur gehörigen Erbringung bzw. bis zum gehörigen Angebot der von der Gegenpartei geschuldeten Leistung zu gewähren⁴⁶.

D. Bei fehlender Gegenseitigkeit wechselseitiger Verpflichtungen aus demselben Vertragsverhältnis

OR 82 bezieht sich nur auf den vollkommen zweiseitigen Vertrag⁴⁷ und auch bei diesem lediglich auf Verpflichtungen, die sich als genetisch und funktional miteinander verknüpfte Vertragspflichten gegenüberstehen⁴⁸. Dieses enge Abhängigkeitsverhältnis der beidseitigen Ansprüche, auf dem die das Zug-um-Zug-Prinzip sichernde Einrede des nicht erfüllten Vertrags beruht, besteht beim *unvollkommen zweiseitigen Vertrag*⁴⁹ nicht. Der Beauftragte kann sich daher nicht auf OR 82 berufen, wenn der Auftraggeber von ihm ohne Ersatz der Auslagen und Verwendungen (OR 402 Abs. 1) Herausgabe der Sachen und Gelder verlangt, die ihm aufgrund der Geschäftsführung zugekommen sind (OR 400 Abs. 1)⁵⁰. Ebensowenig steht dem Hinterleger, Verleiher oder Auftraggeber die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zu, wenn die Gegenpartei von ihm Ersatz der Auslagen und Verwendungen fordert, ohne die ihr überlassene oder infolge der Geschäftsführung zugekommene Sache herauszugeben⁵¹.

44 Vgl. MEIER-HAYOZ ZGB I N.345ff.

45 Lediglich bei der Zahlungsunfähigkeit gemäss OR 83 genügt Sicherstellung für die Entkräftung des Zurückbehaltungsrechts. In diesem Fall geht es aber auch um eine bloss *Gefährdung* der Gegenleistung, also um einen völlig anderen Tatbestand, als er im vorliegenden Zusammenhang zur Diskussion steht.

46 Im Ergebnis gleich GIGER OR 184 N.194; SJZ 63 1967 111.

47 Vgl. vorne § 2 D.

48 BGE 67 II 126; 84 II 150; vgl. vorne § 5 A.

49 Vgl. zum Begriff eingehend vorne § 2 D.

50 BGE 94 II 267.

Dagegen kann sich der Beauftragte auf ZGB 895 berufen, wenn er die ihm *vom Auftraggeber übergebene Sache* zurückbehalten will, um die Bezahlung des vereinbarten Honorars zu erzwingen.

51 OFTINGER ZGB 895 N.202.

Das genetische und funktionale Abhängigkeitsverhältnis fehlt auch bei Verpflichtungen, die an sich auf einem synallagmatischen Vertrag beruhen, aber nicht «gegenseitig derart aufeinander Bezug haben, dass die eine die Gegenleistung für die andere ist»⁵². Auch in diesen Fällen kann sich der belangte Schuldner nicht auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrags berufen. Das trifft etwa zu, wenn der Arbeitgeber oder Auftraggeber vom Arbeitnehmer oder Beauftragten die Herausgabe der von diesem verfassten Arbeitsunterlagen (Buchhaltung, Baupläne) verlangt, ohne ihm den vereinbarten Lohn bzw. das vereinbarte Honorar zu bezahlen⁵³.

Obwohl in den erwähnten Beispielen die wechselseitigen Verpflichtungen nicht synallagmatischer Natur sind, würde es Treu und Glauben widersprechen, wenn die eine Partei ihre Ansprüche durchsetzen könnte, ohne diejenigen der Gegenpartei zu befriedigen: Immerhin beruhen die beidseitigen Verpflichtungen auf *demselben Rechtsverhältnis*; ihr Zusammenhang ist somit noch enger als derjenige der vorne sub lit. C beschriebenen konnexen wechselseitigen Verpflichtungen aus verschiedenen Vertragsverhältnissen. Mit Recht bejahen daher herrschende Doktrin und Rechtsprechung analog § 273 BGB in solchen Fällen ein «obligatorisches» Retentionsrecht, kraft dessen ein Vertragspartner seine Leistung verweigern kann, wenn die ihm aufgrund desselben Vertragsverhältnisses von der Gegenpartei geschuldete Leistung vorenthalten wird⁵⁴.

Die *Rechtswirkungen* dieses Zurückbehaltungsrechts gehen indessen nach der zutreffenden Auffassung des Bundesgerichts über diejenigen des in BGB 273 statuierten «obligatorischen» Retentionsrechts hinaus: Der belangte Schuldner kann seine eigene Leistung nicht nur bis zur Sicherstellung der von der Gegenpartei geschuldeten Leistung verweigern, sondern in Analogie zu OR 82 solange, bis ihm diese «gewährt wird»⁵⁵. Wie vorne sub lit. C. II. für das Zurückbehaltungsrecht bei konnexen wechselseitigen Verpflichtungen aus verschiedenen Vertragsverhältnissen nachgewiesen worden ist, entspricht das der Interessenlage und der Systematik des OR.

E. Bei Gesellschaftsverträgen

Wie in § 2 D. bereits erwähnt, gehört der Gesellschaftsvertrag nicht zu den vollkommen zweiseitigen Verträgen. In der Regel handelt es sich

52 BGE 84 II 150; vgl. dazu vorne § 5A.

53 ZR 38 1939 Nr. 87 S. 195ff; ZBJV 81 1945 268ff.

54 VON TUHR/ESCHER 68f; OFTINGER ZGB 895 N.202; VON BÜREN I/468f; BGE 94 II 267f; ZBJV 75 1939 41ff, 81 1945 270; unzutreffend ZR 38 1939 Nr. 87 S. 195ff.

55 BGE 94 II 267; a.M. (ohne nähere Begründung) VON BÜREN I/469 und VON TUHR/ESCHER 68 Anm. 78.

vielmehr um ein *mehrseitiges Rechtsverhältnis*, dessen Ziel es ist, mit gemeinsamen Mitteln einen gemeinsamen Zweck zu fördern. Das Zug-um-Zug-Prinzip gilt bei der Gesellschaft, die ja keinen Austauschvertrag darstellt, in der Regel nicht: Die Gleichzeitigkeit der Leistungen ist meist für die Erreichung des Gesellschaftszwecks unwesentlich⁵⁶. Die Zug-um-Zug-Erfüllung könnte bei mehrseitigen Rechtsverhältnissen im Übrigen technisch auch kaum durchgeführt werden. Dazu kommt, dass die *Gesellschaft* als solche Subjekt der gegen den einzelnen Gesellschafter gerichteten Beitragsforderung ist⁵⁷; die Beitragspflichten der Gesellschafter stehen zueinander nicht im Austauschverhältnis. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags findet daher auf gesellschaftsrechtliche Verpflichtungen grundsätzlich *keine Anwendung*⁵⁸.

Das Prinzip von Treu und Glauben kann jedoch in besonderen Fällen eine *analoge Anwendung von OR 82* gebieten. Der Grundsatz, dass derjenige rechtsmissbräuchlich handelt, der Erfüllung verlangt, ohne selbst erfüllen zu wollen, gilt auch im Gesellschaftsrecht⁵⁹: Die *actio pro socio* desjenigen Gesellschafters, der seine Beitragspflicht selbst nicht erfüllt, könnte gestützt auf ZGB 2 nicht gutgeheissen werden. Oder wer selbst ein Konkurrenzverbot verletzt, dürfte von den Mitgesellschaftern nicht dessen Beachtung verlangen⁶⁰. Die analoge Anwendung von OR 82 drängt sich im Übrigen insbesondere bei der *Zweimanngesellschaft* auf, einem Rechtsverhältnis, dessen vertragliche Strukturen – wenigstens was die Personengesellschaften betrifft – weitgehend denjenigen eines vollkommen zweiseitigen Vertrages angenähert sind^{61/62}.

Mit Recht befürwortet SIEGWART auch ein der Gesellschaft zustehendes Zurückbehaltungsrecht, wenn ein Gesellschafter die Auszahlung seines Gewinnanteils verlangt, ohne seine Beitragspflicht zu erfüllen: Die Durchsetzung des Gewinnanspruchs verstösst unter diesen Umständen gegen Treu und Glauben⁶³.

56 MÜLLER 95; Otto BÜRGI 336.

57 Das gilt auch, wenn bei den personenbezogenen Gesellschaften die Beitragsforderung mittels der *actio pro socio* durch einen einzelnen Gesellschafter geltendgemacht wird. Vgl. MÜLLER 97 und zur *actio pro socio* MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER 89f.

58 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER 41; MÜLLER 95ff; BECKER OR 82 N.12; OSER/SCHÖNENBERGER OR 82 N.4; Otto BÜRGI 336; SJZ 71 1975 94ff.

59 SIEGWART OR 530 N.78; MÜLLER 98, 101.

60 MÜLLER 103; SIEGWART OR 530 N.78; ZR 8 1909 Nr. 104 S. 191.

61 Vgl. BGE 104 II 112.

62 Bei *mehrgliedrigen Gesellschaften* besteht indessen ein Zurückbehaltungsrecht bezüglich des geschuldeten Beitrags höchstens, wenn der Grundsatz der *Gleichbehandlung der Gesellschafter* verletzt, m.a.W. die Beitragspflicht unmotiviert nur gegenüber einzelnen Gesellschaftern durchgesetzt wird. Vgl. dazu MÜLLER 98ff.

63 SIEGWART OR 558–560 N.20. Demgegenüber bejahen MÜLLER 102f und ihm folgend SJZ 71 1975 94ff ein Zurückbehaltungsrecht bezüglich des Gewinnanteils nur, wenn

F. Bei Abwicklungsverhältnissen

Bei ex tunc wirkender Auflösung des Vertrags infolge Geltendmachung eines Willensmangels, Rücktritt oder Wandelung müssen die beidseits bereits erbrachten Leistungen zurückerstattet werden. Es entsteht ein *Abwicklungsverhältnis*⁶⁴, aus dem sich die infolge der Aufhebung des Vertrags resultierenden Rechte und Pflichten der beiden Parteien ergeben. Art. 82 OR, der sich auf die «Ordnung in der Erfüllung» von gegenseitigen Pflichten bezieht, die auf einem zweiseitigen *Vertrag* beruhen⁶⁵, ist nicht anwendbar: Das Abwicklungsverhältnis beruht ja nicht auf vertraglicher Grundlage, sondern tritt an die Stelle des gestützt auf OR 23ff, 107ff oder 205 aufgehobenen Vertragsverhältnisses.

Die Interessenlage entspricht jedoch derjenigen bei vollkommen zweiseitigen Verträgen. Es würde Treu und Glauben widersprechen, wenn die eine Partei die von ihr erbrachten Leistungen zurückfordern könnte, ohne ihrerseits gleichzeitig das von der Gegenpartei Empfangene zurückzuerstatten. Die gegenseitigen Ansprüche sind derart eng miteinander verknüpft, dass nur eine *Rückabwicklung Zug um Zug* den auf dem Spiele stehenden Interessen Rechnung trägt^{66/67}. Auch hier ist darum eine analoge Anwendung von OR 82 geboten.

dessen Berechnung in Abweichung von OR 533 Abs. 1 von der Höhe der Beitragsleistung abhängig ist. Diese Auffassung trägt der Interessenlage zu wenig Rechnung. Zwar ist es gewiss richtig, dass zwischen Beitragspflicht und Gewinnanspruch kein Synallagma besteht. Der Beitrag ist ja auch geschuldet, wenn kein Gewinn erwirtschaftet wird. Aber eine Wertung der auf dem Spiele stehenden Interessen kann gerade auch in Fällen, bei denen zwischen den wechselseitigen Verpflichtungen kein Synallagma besteht, zu einer Bejahung des Zurückbehaltungsrechts führen. Vgl. vorne § 11A.

64 Vgl. dazu LESER 150ff.

65 Dazu vorne § 2D.

66 Vgl. BGE 83 II 25 zur Rückabwicklung eines infolge Geltendmachung eines Willensmangels ex tunc dahingefallenen Vertrags: «Nun liesse sich allerdings die Auffassung vertreten, dass infolge der Unverbindlichkeit des Vertrages die beidseitigen Leistungen ohne Rechtsgrund erfolgten, was zur Folge habe, dass Forderungen aus ungerechtfertigter Bereicherung, allenfalls Vindikationsansprüche entstehen, die selbständiger Art und von einander unabhängig seien, weil die dem zweiseitig verpflichtenden Vertrag eigentümliche Verknüpfung der beidseitigen Leistungen infolge der Unverbindlichkeit des Vertrages nie entstanden und somit auch nach geltend gemachter Unverbindlichkeit nicht vorhanden sei. Damit würde jedoch der Tatsache nicht genügend Rechnung getragen, dass die grundlosen Leistungen wegen eines vermeintlich gültigen, zweiseitigen Vertrages gemacht wurden; daher ist die ursprüngliche Verknüpfung und Abhängigkeit der Leistungen auch in der Phase der Wiederherstellung des früheren Zustands, also bei der Rückerstattung, zu beachten. Das führt zur Verpflichtung zu Rückerstattung der Leistungen <Zug um Zug>»

Dazu auch BUCHER 338 sowie eingehend WEINTRAUD 28ff.

67 Das deutsche BGB statuiert in § 348 für den Fall des Rücktritts vom Vertrag ausdrücklich eine analoge Anwendung von BGB 320.

Lebenslauf

Ich wurde am 14. Dezember 1951 in Zürich geboren. Dasselbst durchlief ich Primarschule sowie Gymnasium und bestand im Herbst 1970 die Maturität (Typ B). Nachher immatrikulierte ich mich an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Mein Studium wurde wiederholt durch militärische Weiterbildung unterbrochen. Am 25. Januar 1975 erfolgte die Promotion zum lic. iur. Nach praktischer Tätigkeit in einem Anwaltsbüro erwarb ich mir am 25. September 1976 das zürcherische Anwaltspatent. Seither war ich neben der Ausarbeitung meiner Dissertation als Anwalt tätig.

Ich wurde am 10. Dezember 1980 zum Doktor der Rechtswissenschaft promoviert.

